# 对外经济贸易大学法学院
# 博士申请学位科研成果考核折算科研文献

文献形式（文献综述/读书报告）：文献综述

文献题目：国际投资法中土著居民权利保护问题研究

博士论文题目：国际投资协定对土著居民权利保护研究

导　　师：池漫郊教授

作者姓名：洪昕卉

专　　业：国际法学

学　　号：202000540101

# 国际投资法中土著居民权利保护问题研究之文献综述

**摘要**：土著居民因其特殊性与脆弱性，虽然直接遭受跨国投资的不利影响,却未能得到足够关注，发声途径及寻求救济的渠道有限。本综述首先归纳了土著居民的特殊国际地位以及现行保护土著居民的不同路径，总结了现有保护土著居民的法律框架之不足。由于国际投资正广泛影响着土著居民的各项权利，亟需实行更有利的保护机制。鉴于土著居民是国际投资中的重要利益相关者，国际投资法与土著居民权利保护之间具有可兼容性，在国际投资法中保护土著居民权利是最为合适且高效的机制。由于国内外学界的现有研究集中于特定产业部门，或讨论国际投资法与特定土著居民权利之间的关系（如土地权、文化权、磋商权），并未以人权法为视角在国际投资法框架下全面探析这一议题，本研究将填补这一空白。在对国际投资协定中关涉土著居民权利的主要条款进行类型化分析，以及对已公开的关涉土著居民权利的国际投资仲裁案裁决及相关背景新闻作穷尽性的实证研究的基础上，找出现行投资法体系中与土著居民权利不兼容之处，并考察了晚近国际投资法体系出现的有利于保护土著居民权利的新趋势。

**关键词：国际投资法，土著居民，土著权利，可持续发展**

# 目录

一、 土著居民权利国际法保护的现行法律框架的国内外文献梳理 ..... 1
(一) 土著居民在国际法中的定义与特殊性 ..... 1
1. 土著居民的概念 ..... 1
2. 土著居民的自决权 ..... 3
(二) 多边法律框架下的土著居民权利保护 ..... 3
1. 国际条约中的土著居民权利保护 ..... 4
2. 区域人权机构保护土著居民权利的优势与局限性 ..... 7
3. 内国司法体系保护土著居民权利优势与局限性 ..... 9
二、 国际投资法保护土著居民权利之必要性的国内外文献梳理 ..... 12
(一) 国际投资对土著居民权利的影响 ..... 12
1. 国际投资对土著居民的磋商权的影响 ..... 12
2. 国际投资对土著居民的财产权的影响 ..... 14
3. 国际投资对土著居民文化权的影响 ..... 14
(二) 国际投资法中保护土著权利的必要性与可行性 ..... 15
1. 土著居民是国际投资中的重要利益相关者 ..... 15
2. 国际投资法与土著居民权利保护之间具有可兼容性 ..... 16
三、 国际投资协定中关涉土著居民权利的主要条款的国内外文献梳理 ..... 17
(一) 序言 ..... 19
1. 国际投资协定序言的意义 ..... 19
2. 关涉土著居民权利保护的序言条款类型及晚近发展 ..... 19
(二) 可持续发展条款与土著居民权利保护的联系 ..... 20
1. 可持续发展条款的分析 ..... 20
2. 企业社会责任条款隐含保护土著居民权利要求 ..... 21
(三) 关涉土著居民权利的例外条款 ..... 23
(四) 关涉土著居民权利保护的核心实体条款 ..... 26
1. 关涉土著居民权利的征收条款分析 ..... 26
2. 公正公平待遇条款对东道国保护土著权利措施的潜在阻碍 ..... 27
3. 充分保护和安全条款与保护土著居民权利措施的潜在冲突 ..... 28
(五) 关涉土著居民权利保护的程序条款 ..... 28
1. 土著居民及其代表申请成为法庭之友的依据分析 ..... 28
2. 投资仲裁中关涉土著居民权利的反诉分析 ..... 30
3. 第三方资助对土著居民权利的影响分析 ..... 31
四、 国际投资仲裁中关涉土著居民权利案件实证分析的国内外文献梳理 ..... 34
(一) 国际投资仲裁案中相关实体条款的核心争议点 ..... 36
1. 仲裁庭对关涉土著权利征收案件的认定 ..... 36
2. 仲裁庭对保护土著权利措施与公正公平待遇冲突的认定 ..... 36
3. 仲裁庭对保护土著居民权利措施与充分保护和安全冲突的认定 ..... 37
(二) 国际投资仲裁案中的相关程序争议点 ..... 37
1. 仲裁庭对土著居民权利问题的管辖权探析 ..... 38
2. 仲裁庭对土著居民及其代表法庭之友申请的处理 ..... 39
3. 仲裁庭对涉及土著居民权利的反请求的处理 ..... 40

4. 投资仲裁案件中的第三方资助类型及其影响 ..... 41
五、 完善国际投资法对土著居民权利保护之对策的国内外文献梳理 ..... 42
六、 结论 ..... 43
七、 参考文献 ..... 46

近年来，随着国际投资法范式正在逐渐从新自由主义转向“嵌入式自由主义”，追求促进投资自由化、保护投资者利益与保护东道国政府的规制权的平衡，保护土著居民作为可持续发展目标的重要组成部分，因其特殊性与脆弱性在国际投资法下开始获得关注，探讨如何应对国际投资对土著居民权利带来的侵害，国外研究方兴未艾。此外，随着中国企业对外投资的增加，企业因与当地土著居民社区的矛盾而致投资蒙受巨大损失的案例已有发生，国内学术界虽尚未对这一议题予以更多关注，但密切相关的国际投资法的人权化趋势、可持续发展化正逐渐引起中国学术界的关注。

# 一、 土著居民权利国际法保护的现行法律框架的国内外文献梳理

## (一) 土著居民在国际法中的定义与特殊性

### 1. 土著居民的概念

国际金融公司（International Financial Corporation，以下简称 IFC）在其指导说明中提到，现行国际法和政策并未给予“土著民族”（Indigenous Peoples）这一概念唯一的权威定义。土著民族在不同国家可能被称为“土著少数民族（indigenous ethnic minorities）”、“原住民（aboriginals）”、“第一民族（first nations）”，“山地部落（hill tribes）”或“部落群体（tribal groups）”。[1] 国际劳工组织第 169 号公约（International Labor Organization Convention 169，以下简称《ILO 第 169 号公约》）则对土著居民（Indigenous people）与部落民（tribal people）二者的概念进行区分。根据 ILO 169 公约第 1 条定义，“部落民族”是指存于一国之内，且其社会、文化及经济状况使他们有别于其国家社会的其他群体，他们的地位系全部或部分地由他们本身的习俗或传统或以专门的法律或规章加以确定。[2] 而“土著居民”是指在其所属国家或该国所属地区被政府或被殖民化时，或在其目前的国界被确定时，即已居住在那里的人口之后裔。并且无论其法律地位如何，他们仍部分或全部地保留了本民族的社会、经济、文化和政治制度。[3]

---

[1] International Finance Corporation, *Guidance Note 7 Indigenous Peoples*, https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/9baef8f6-9bd9-4d95-a595-7373059081d4/GN7_English_2012.pdf?MOD=AJPERES&CVID=mRQk089 (last visited May 19, 2022).

[2] ILO Convention 169, Article 1 (1)(a)：“tribal peoples in independent countries whose social, cultural and economic conditions distinguish them from other sections of the national community, and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special laws or regulations.”

[3] ILO Convention 169, Article 1 (1)(b): “peoples in independent countries who are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographical region to which the

联合国大会于 2007 年通过的《联合国土著民族权利宣言》（United Nations Declaration on the Rights of the Indigenous Peoples，以下简称 UNDRIP）则并未对土著居民的概念作定义，而是规定："土著人民有权按照其习俗和传统，决定自身的身份或归属。"[4] 郑川如认为，当前联合国未采纳任何单一定义的主要原因在于，任何一个定义若一体适用于全世界目可能产生过度包含（over-inclusive）或过于限缩（under-inclusive）的问题。因此，不宜对全世界的土著民族采用单一定义。[5]

然而，为了研究各国对土著居民的歧视对该群体造成的影响，联合国特别报告员 José Martínez Cobo 于 1982 年提出了对于土著民族的工作定义（working definition）。由于该定义具有普遍性与弹性，其获得了广泛引用。根据 Cobo，"土著民族"是指这一族群在遭受侵略或殖民之前,曾在他们的领域内形塑一个具有历史延续性的社会,他们自认为有别于目前社会主流群体，并决心保留他们祖先的文化、社会制度以及法律制度，将他们的传统领域以及族群特性，保存、发展并传承给下一代，当作是一个民族得以永续存在的基本。[6] 此外，土著民族还具有如下一项或多项特征，这些特征包括：（一）占有（全部或部分）祖传的土地；（二）与原本占有这群土地的人拥有共同的祖先；（三）文化（例如：宗教、依部落体系生活、土著成员身份、服饰、谋生方式、生活方式）；（四）语言；（五）居住在国家某些的确，或是在世界的某个区域；（六）其他相关要素。[7]

联合国在 1993 年召开的世界人权会议承认了土著民族固有的尊严和对社会发展及多元化的独特贡献，并重申国际社会对土著民族的经济、社会、文化、福祉和享受可持续发展成果的承诺。[8] 《土著世界 2020 年刊》提到，保护土著权利是一项与基本人权密切相关的基本公共利益，并被视为是维持国际和平与安全的最佳保障之一。自 2015 年联合国大会通过《2030 年可持续发展议程》以来，土著民族一直在积极参与和可持续发展目标（SDGs）相关的国家、区域和全球实践。[9]

---

country belongs, at the time of conquest or colonization or the establishment of present state boundaries and who, irrespective of their legal status, retain some or all of their own social, economic, cultural and political institutions."

[4] United Nations, UNDRIP, Article 33.

[5] 郑川如:《谁有权决定谁是原住民？——从两人权公约及相关国际文件检视原住民身份认同问题》，载《法学论著》2015 年第 9 期，第 95-191 页。

[6] United Nations, Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, para 1 (1986).

[7] United Nations, The Concept of Indigenous Peoples, UN Doc. PFII/2004/WS.1/3, para. 2 (2004).

[8] Vienna Declaration and Programme of Action, Vienna, https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx. (last visited May 19 2022).

[9] INTERNATIONAL WORK GROUP FOR INDIGENOUS AFFAIRS (IWGIA), THE INDIGENOUS WORLD 2019, 705 (Copenhagen, Dwayne Mamo ed. 2019).

### 2. 土著居民的自决权

1966 年的《公民政治权利国际公约》以及 1966 年的《经济、社会、文化权利和国际公约》均在第 1 条明确提出："一、所有民族均享有自决权，根据此种权利、自由决定其政治地位并自由从事其经济、社会与文化之发展。二、所有民族得为本身之目的，自由处置其天然财富及资源，但不得妨害因基于互惠原则之国际经济合作及因国际法而生之任何义务。无论在何种情形下，民族之生计，不容剥夺。三、本盟约缔约国、包括负责管理非自治及托管领土之国家在内，均应遵照联合国宪章规定，促进自决权之实现，并尊重此种权利"。

在关于土著民族权利的两项重要国际文件上，《ILO 第 169 号公约》明确了土著民族有权决定自身发展进程的优先顺序。因为这将影响到他们的生活、信仰、制度与精神福利和他们占有或使用的土地。土著民族有权在可能的范围内对其经济、社会和文化发展行使管理。此外，他们还应参与对其可能产生直接影响的国家和地区发展计划与方案的制订、实施和评价。[10] 2007 年的 UNDRIP 明文规定土著人民享有自决权，他们可基于自决权决定已的政治地位，自由谋求自身的经济、社会和文化发展。[11] 土著民族行使其自决权时，在涉及其内部和地方事务的事项上, 以及在如何筹集经费以行使自治职能的问题上, 享有自主权或自治权。土著民族可以自己独特的方式来参与政治, 并要求各国政府尊重与土著民族签订的任何条约或协定。蔡志伟总结了土著民族自决权的实践应体现的三项核心概念：即自我治理（self-government），自由、事先知情同意（free, prior，and informed consent，以下简称 FPIC）；完全、充分的参与权（full and effective participation）。

## (二) 多边法律框架下的土著居民权利保护

在过去几十年间，土著民族保护议题在国际政治上产生了重要影响。土著民族争取获得认可和成为国际法主体之一的成果包括《ILO 第 169 号公约》、UNDRIP，以及联合国层面和区域层面专门处理土著民族权利的人权机构的建立。区域人权文件以及区域人权机构所做的裁决为保护土著民族作了重要贡献。[12] 在国内层面，许多国家在近年来制定了保护土著民族的相关法律和政策。[13] 由于缺乏保护土著权利的特定法律体制，当受到外国投资的负面影响时，土著居民可以向国内法院、区域人权法院或联合国的特定投诉机制提出索赔。本部分将探讨解

---

[10] ILO Convention 169. Article 7(1).

[11] UNDRIP, Article 3.

[12] Judith Levine, *The Interaction of International Investment Arbitration and The Rights of Indigenous Peoples*, INVESTMENT LAW WITHIN INTERNATIONAL LAW: INTEGRATIONIST PERSPECTIVES (Freya Baetens ed., 2013).

[13] INTERNATIONAL WORK GROUP FOR INDIGENOUS AFFAIRS (IWGIA), THE INDIGENOUS WORLD 2019, 18 (Copenhagen, Dwayne Mamo ed. 2019).

决土著人民遭受外国投资侵害时的救济选项，并批判性地评估这些选项的利弊。下文将详细阐释土著民族权利保护所取得的进展与不足。

### 1. 国际条约中的土著居民权利保护

S.James Anaya 指出，早期古典国际法理论进入二十世纪国际人权潮流的权利建构（human rights-based）,国际法从“帝国主义扩张的理论依据”转换成为“去殖民化浪潮的推手。”由联合国特别报告员 Cobo 所主持的《歧视土著人民问题研究》发现，早期殖民国家歧视土著民族政策的合法性基础在于促使土著民族文明化与现代化的天命（Manifest Destinity），迄至今日的土著民族处境，国家藉由现代化的发展论述试图建构其侵夺、弱化土著民族权利的合法性。为此，Cobo 指出理解并投过法制化确认土著民族与其土地独特、深刻的精神联结关系，系土著民族存在及其权利的本质要素。Cobo 的研究发现及其对于土著权利保障的建言，获得许多国际人权机构公约文件的呼应与支持。其中，消除种族歧视委员会（CERD)《第 23 号一般建议书》内容述及：要求缔约国提供土著民族与其文化特质相称之环境条件，据以永续发展其经济与社会建设，并且确保土著民族有权实行与复振传统文化与习惯，此外缔约国应提供必要之条件，据以确保土著民族延续并使用他们的传统语言。[14]

在联合国方面，土著群体和致力于土著议题的非政府组织 (Non-governmental organization, NGO）自土著居民工作组（the Working Group on Indigenous Populations，WGIP）于 1982 年成立以来一直参与其组织的会议。2001 年，联合国成立了土著问题常设论坛(Permanent Forum on Indigenous Issues)，一个向经社理事会报告的专家机构，该机构任命了一名土著权利问题特别报告员，负责向人权理事会报告。土著民族权利专家机制（The Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples）成立于 2007 年，该机制也向理事会汇报。 在 2018 年联合国可持续发展高级别政治论坛期间，土著问题常设论坛通过一系列活动强调了土著人民的权利。[15] 主要的国际法律文件包括：

#### (1)《ILO 第 169 号公约》

土著民族法制的发展，进一步的具体形塑在 1989 年 ILO 第 169 号《关于独立国家境内土著人民和部族人民公约》中。自从 ILO 建立以来，其一直在保护土著民族权利中扮演着重要角色。可以说 ILO 是第一个关注土著民族议题的政府间组织。[16] 《ILO 第 169 号公约》是第一个解决土著民族具体人权需求的国际

---

[14] Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation ⅩⅢ.

[15] Study Guide: The Rights of Indigenous Peoples. 4/12.

[16] L Swepston, *Indigenous Peoples in International Law and Organizations*, IN INDIGNEOUS LAW AND INDIGENOUS PEOPLES 53 (InJ Castellino, N Walsh eds., 2005).

公约，[17] 并且仍然是唯一的旨在推动和保护土著民族权利的具有法律约束力的开放性条约。[18] 该公约旨在去除早期第 107 号公约的同化政策，[19] 从根本上关注了非歧视原则，[20] 内容涵盖了土著民族的发展权、习惯法、土地、领土和资源、雇佣关系、教育和健康等议题。其中与本研究最为相关的是其强调深化土著民族土地与领土的概念，并引进土著民族对于附属于其土地上自然资源的权利，以及返回其已失去的祖居地的权利。[21] 再者，该公约引入土著民族自决权、协商与参与的权利、自己决定优先性的权利、以及跨国界联系与合作的条款。[22] 其中有关土著民族传统习惯法律的地位，则要求缔约国应保护土著民族传统价值、组织与习惯法。[23] 除了制定了《ILO 第 169 号公约》，ILO 还致力于参与推广和保护土著民族权益的具体活动。[24]

**(2)《联合国土著人民权利宣言》**

2007 年 9 月 13 日联合国大会通过《土著民族权利宣言》(UNDRIP) 以承认一系列土著居民的个人和集体权利，以及国家对于土著民族所负有的义务。[25] 整个国际人权体系的建构，也在此宣言的通过而更加完备。UNDRIP 是迄今为止在国际法律与政策层面涵盖最广泛土著权利的文件，包括承认的最低标准，推广和保护土著权利。[26] UNDRIP 不仅是国际人权文件，而且还涉及了文化权、社会和经济权利。就国际投资方面而言，UNDRIP 是支持土著民族经济自决权的有价值的工具。[27] UNDRIP 对于土著民族权利发展很关键的一个意义，在于它明文承认土著民族的集体权是作为一种在殖民统治下回复土著民族历史正义和当代权利的重要立论依据。[28] 正如 UNDRIP 中序言所提到的“认识到亟需尊重和促进土著居民因其政治、经济和社会结构及其文化精神传统、历史和思想体系而拥有的固有权利，特别是对其土地、领土和资源的权利”。据此，UNDRIP 进一步申明

---

[17] Study Guide: The Rights of Indigenous Peoples. 4/12.

[18] ILO, *Indigenous and Tribal Peoples' Rights in Practice: A Guide to ILO Convention No. 169* (Geneva, 2009) www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--en/index.htm (last visited 4 June 2013)

[19] ILO Convention 169, Preamble.

[20] ILO, *Indigenous and Tribal Peoples' Rights in Practice: A Guide to ILO Convention No. 169* https://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS_171810/lang--en/index.htm (last visited May 19 2022).

[21] ILO Convention 169, Article 14-19.

[22] ILO Convention 169, Article 6-7.

[23] ILO Convention 169, Article1, 2, 5, 8, 9, 10.

[24] United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, *Indigenous Peoples and the UN Human Rights System*, Fact Sheet No.9/Rev.2, 37 (2013).

[25] UN NEWS CENTRE, *United Nations Adopts Declarationon Rights of Indigenous Peoples*, http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=23794. (last visited May 19 2022).

[26] Indigenous Peoples and the UN Human Rights System. at 4.

[27] John Borrow and Risa Schwartz, *Introduction*, in INDIGENOUS PEOPLES AND INTERNATIONAL TRADE: BUILDING EQUITABLE AND INCLUSIVE INTERNATIONAL TRADE AND INVESTMENT, 97 (John Borrow, Risa Schwartz., eds. 2020).

[28] Caroline E. Foster, *Indigenous Peoples' Right to Self-Determination*, N.Z.L.J.45, 45-46 (2007).

对土著民族权利的保护，需要国内法的落实肯认，并在相关国内法制的建构中，内化土著民族源生自其先祖与土地间之独特精神联系所形塑，并持续递嬗的传统土地规范和习惯法。[29]

尽管 UNDRIP 并非具有正式拘束力的条约，但它包含了具有拘束力的国际人权条约中规定的自决权和非歧视等权利和自由，而这些可能被视为习惯国际法。它同时也反应了对土著权利的全球共识。此外，如联合国秘书处法律事务厅所言，“宣言”是一种庄严的文书，仅在极少数情况下才使用，涉及重大和持久的重要事项，并被寄予应最大限度遵守的希望。[30] UNDRIP 就是这样一个值得最大尊重的宣言。在 2008 年的国际土著人民日上，联合国秘书长表示，UNDRIP 制定了一个框架，各国可以在该框架上建立或重建与土著民族的关系，它为国家和土著民族提供了一个重要的机会，使得各国人民加强关系，促进和解，并确保过去不再重演。[31]

### (3) 世界银行的政策与标准

世界银行关于土著居民的政策方针和银行程序 4.10 (OP/BP 4.10) 规定了评估项目对土著居民的影响并在必要时准备相关应对计划的程序。国际金融公司 (IFC) 的《土著居民绩效标准 7》旨在确保发展过程充分尊重土著居民的人权、尊严、愿望、文化和基于自然资源的生计。该标准要求其出借的公司在某些情况下应获得土著居民自由、事先和知情的同意 (FPIC)。[32]

从人权的向度来看，国际土著民族权利运动深化了国际土著居民人权概念与国际人权法的联结，促使土著居民权利的发展在国际土著民族事务中展开新的一页。从较宏观的视角观察，回顾过去三十年来的发展，传统国际建构，尤其是在联合国及其相关机构，已将视野与关怀扩大并深入到土著居民议题，在区域、国家及国际层面上发展了土著居民保护的法律框架。当前联合国和相关国际组织均充分认识到，土著居民权利的建立和保障是国际人权体系的一个重要组成部分，也是国际社会的正常要求。虽然上述指南、标准和协议范本的作用值得肯定，但它们的有效性仍然有限，因为究其性质而言，它们属于软法，并不明确具有法律约束力，无法单凭它们保护土著居民免受 FDI 所带来的威胁。

---

[29] Gudmundur Alfredsson, *The Right to Self-Determination and Indigenous Peoples*, in MODERN LAW OF SELF-DETERMINATION 41 (Christian Tomuschat ed., 1993).

[30] United Nations, *Report of the Commission on Human Rights on its eighteenth session*, E/3616/Rev.1, para. 105.

[31] Indigenous Peoples and the UN Human Rights System. 4,8-9.

[32] International Finance Corporation, *Guidance Note 7 Indigenous Peoples*, https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/9baef8f6-9bd9-4d95-a595-7373059081d4/GN7_English_2012.pdf?MOD=AJPERES&CVID=mRQk089 (last visited May 19, 2022).

### 2. 区域人权机构保护土著居民权利的优势与局限性

区域层面的法律发展对保护土著居民权利的国际判例的演变做出了很大贡献。区域人权文书和区域人权机构的决定也可以为土著居民提供保护来源。[33] 一些人权条约设立了监督各国遵守人权情况的国际机制，有些条约甚至授权个人或团体向委员会申诉国家侵犯人权的行为。[34] 例如，美洲人权体系（IAHRS）、欧洲联盟（EU）、东南亚国家联盟（ASEAN）都为保护土著居民做出了相应的努力。

#### (1) 美洲人权体系

美洲人权体系(IAHRS) 由美洲人权委员会 (IACHR)和美洲人权法院(IACtHR)这两个人权机构组成，致力于促进和保护美洲的人权。IACHR 已处理了大量指控侵犯土著居民个人和民族在《美洲人权宣言》和《美洲人权公约》下的人权请愿，维护了土著居民对其土地、领土和资源等的权利。IACtHR 的判例对国家层面对土著社区的保护以及其他国际司法机构的未来判例产生了积极影响。[35] IACtHR 所采取的最具开创性和一贯的办法是承认土著居民的集体权利，从而间接承认其国际法律人格。[36] 美洲人权法院的判例对国内的土著社区保护和其他国际司法机构的未来判例产生了积极的影响。[37]

#### (2) 欧盟

欧盟（EU）处于促进和保护土著权利的前沿。由于欧盟一直非常重视人权、发展和环境问题，它制定了各种与保护土著权利相关的法律文书。所有欧盟成员国均于 2007 年签署了 UNDRIP。《保护人权和基本自由公约》(The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) 包含相关的具有法律约束力的人权标准，包括不歧视和尊重私人和家庭生活的权利，欧洲人权法院也创制了一些关于土著民族的判例。[38] 欧盟还通过立法来保护土著权利。欧洲委员会(EC)于 1998 年 5 月发表的题为《关于在共同体和成员国的发展合作中支持土著人民》的工作文件确立了支持土著居民权利并将对土著居民的关注作为人权和发展合作的一个重要横切目标。它倡导土著居民充分和自由地参与项目的全阶段，

---

[33] Judith Levine, The Interaction of International Investment Arbitration and The Rights of Indigenous Peoples, in INVESTMENT LAW WITHIN INTERNATIONAL LAW: INTEGRATIONIST PERSPECTIVES (Freya Baetens ed., 2013).

[34] George K. Foster, *Investors, States, and Stakeholders: Power Asymmetries in International Investment and the Stabilizing Potential of Investment Treaties*, 17(2) Lewis and Clark Law Review,390 (2013).

[35] Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua.

[36] Vasiliki Saranti, *International Justice and Protection of Indigenous Peoples – The Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights*, 9 US-CHINA L. REV. 427 (2012).

[37] Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua.

[38] Indigenous Peoples and the UN Human Rights System. Fact Sheet No. 9/Rev.2, 35(2013).

包括事先协商、同意、控制对其生活和土地有影响的活动等，并确定自己的优先发展事项。

近年来，欧盟加快了在参与和保护土著权利方面的进展。[39] 2016 年，高级代表和欧共体发布了《联合工作人员工作文件——实施欧盟关于土著居民的对外政策》，确定了欧盟通过现有外部政策和融资加强对土著居民支持的方法。2017 年，欧盟理事会(CoEU)通过了《理事会关于土著居民的结论》，强调了在欧盟各级合作中进一步增加与土著居民对话机会的重要性。[40] 2018 年，欧洲议会 (EP) 通过了《关于世界侵犯土著居民权利，包括掠夺土地的决议》，其中涵盖了世界各地土著居民面临的主要问题和侵犯人权行为。[41]

**(3) 东盟**

虽然亚洲在保护土著权利方面还有很长的路要走，但近年来也取得了一些进步。尽管东南亚拥有大量土著民族，但保护他们的权利是东盟的“敏感”话题。但最近，第 40 届东盟农林部长级会议（AMAF）背离了东盟在土著问题上的这一传统态度。东盟于 2018 年 10 月通过的《促进粮食、农业和林业负责任投资准则》（Guidelines on Promoting Responsible Investment in Food, Agriculture and Forestry）参照《ILO 第 169 号公约》和 UNDRIP 明确提到了土著居民，以及成员国维护土著民族的 FPIC。[42]

学者们对区域人权机构在保护人权方面存在的局限作了总结，首先，Francioni 认为，由于只有在用尽当地补救措施后，才能够诉诸区域人权法院和相关的联合国机制，增加了受侵害人寻求救济的难度以及获得救济的时间。[43] Fosfter 提出，这些机制对私主体没有管辖权，因此并不能追究跨国公司在国际投资过程中对利益相关者造成损害的责任。[44] 本研究认为，这些局限性同样也存在于处理因跨国投资而产生的土著居民的维权之路中。再者，如 Christina Binder, Jane Hofbauer 对 *Burlington v. Ecuador* 案的分析所指出的，确保各国遵守人权法院判决的机制有效性仍待加强，判决的执行往往成问题。Jarrod Hepburn 认为，

---

[39] Council of the European Union. Communication from the Commission to the European Council - Partnership for integration - A strategy for Integrating Environment into EU Policies - Cardiff - June 1998, available at: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:51998DC0333

[40] Council of the European Union. 8814/17. “Council Conclusions on Indigenous Peoples - Foreign Affairs Council.15, available at: http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8814-2017-INIT/en/pdf

[41] Council of the European Union. Communication from the Commission to the European Council - Partnership for integration - A strategy for Integrating Environment into EU Policies - Cardiff - June 1998. Available at: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:51998DC0333.

[42] INTERNATIONAL WORK GROUP FOR INDIGENOUS AFFAIRS (IWGIA), THE INDIGENOUS WORLD 2020, 632 (Copenhagen, Dwayne Mamo ed. 2020).

[43] Francesco Francioni, *Access to Justice, Denial of Justice, and International Investment Law*, in HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION 63-64 (Dupuy, P. M., Francioni, F. and Petersmann, E. U. eds., 2009).

[44] George K. Foster, *Investors, States, and Stakeholders: Power Asymmetries in International Investment and the Stabilizing Potential of Investment Treaties*, 17(2) Lewis and Clark Law Review,390 (2013).

因为一个国家应人权机构的要求而采取的措施可能使这些国家遭到受影响的投资者的报复性法律索赔。一些政府抵制了美洲委员会关于暂停项目的直接要求。在一些情况下，区域人权机构后来修改了这些要求，以便对东道国提出更有限的要求，例如，减轻项目的影响。此外，区域人权法院的地理范围辐射有限，目前仅有几个区域设有人权法院。以 IACtHR 为例，虽然它有权作出有约束力的决定，但只有少数国家允许将争端交由其管辖。[45]

### 3. 内国司法体系保护土著居民权利优势与局限性

近年来，许多国家已将保护土著权利正式纳入国内法律体系，本研究将其分为以下几种形式:(1)在宪法中明文规定保护土著权利; (2)承认或扩大土著权利的特别立法;(3) 国内法院的司法实践。

#### (1) 在宪法中保护土著人民的权利

许多国家在宪法中纳入了保护土著权利的条款，如芬兰、挪威、瑞典均在宪法中保障萨米人（Sami）的权利。厄瓜多尔和哥伦比亚的宪法均承认土著居民有权在不违反本国宪法和国际公认的人权标准的情况下根据自己的习惯法行使司法职能。[46] 加拿大 1982 年宪法承认和肯定了土著居民现有的权利和条约权利，同时也对加拿大的土著民族印第安人、因纽特人、梅蒂斯人进行了定义，确认土著民族的地位与权利保障受到宪法规范，在修宪相关的会议中，必须有上述土著民族代表出席。加拿大最高法院称对这些权利的保护是“一项重要的宪法价值”和“一项国家承诺”。加拿大的土著居民由区域、省和国家级的许多代表组织代表。

本研究认为，在宪法中承认土著权利具有深刻的保护意义，表示了国家尊重土著居民权利以及提高土著民族地位的政策态度，有助于提高土著居民在国家社会中的地位，从而避免遭受不公与虐待。此外，也能避免主流社会以人数优势主导立法通过不利于土著居民的法案，从而为土著权利提供最终保障。

#### (2) 在特别立法中保护土著人民的权利

许多国家制定了特别立法以承认或扩大土著居民的权利。各国采取的保护条款各不相同,但大多要求在土著居民的土地上开展采掘项目前应当听取他们的意见，开展的项目应当符合环境保护和人类健康，予以收入分成,对于被夺取的土地即使支付相应补偿。例如，2011 年，秘鲁总统签署了《土著人民事先协商权法》，保障土著居民对任何影响他们及其领土的采矿、伐木或石油项目拥有事先协商的

---

[45] Jarrod Hepburn, Analysis: Interim Measures Granted by Inter-American Commission Have Featured in Several Recent Investment Controversies, available at: IA Reporter (2012).

[46] Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, A/HRC/39/17/Add.2, at para. 70 (2018).

权利。该特别法以《ILO 第 169 号公约》为基础，旨在确保秘鲁当地法律符合该公约。[47] 虽然它没有完全遵循 UNDRIP 和 IACtHR 判例的更高标准，但政治家、国际组织、民间社会组织和商业部门认为它在保护秘鲁土著权利方面具有进步意义。[48] 在菲律宾，1997 年《土著居民权利法案》旨在承认、保护和促进土著文化社区和土著民族权利的法案，设立了全国土著居民委员会，建立执行机制，为此和其他目的拨付款项。1840 年，英国皇室和新西兰土著毛利人签订了《怀唐伊条约》(The Treaty of Waitangi）建立民族国家并组织政府，该条约因此被视为奠定新西兰的立国基石。[49] 该条约的毛利语版本赋予了英国对其臣民的治理权，承诺毛利人将保留对其土地、资源和其他财富的主权，并授予毛利人英国公民的权利。然而，由于该条约的法律地位有限，对毛利人权利的保护在很大程度上取决于政治意愿和对《条约》的特别承认。怀唐伊法庭就政府违反条约的行为发表了一系列批评性报告，包括关于国家淡水和地热资源的报告，其中强调了政府未能在 1991 年资源管理法和淡水管理政策中遵守条约。[50] 2019 年 11 月，加拿大的不列颠哥伦比亚省(BC)一致通过第 41 号法案，即《土著人民权利宣言 1》(the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act 1，DRIPA)，成为加拿大第一个将土著居民的人权纳入法律的省份。该法案旨在通过制定程序使 BC 的法律与 UNDRIP 保持一致来实施 UNDRIP。

**(3) 内国法院的司法实践**

内国法院在国内案件适用国际层面阐明的土著权利上发挥了作用。一些内国法院在处理土地问题时展露出适应土著居民的文化特性及将土著习俗纳入考虑的意愿。[51] 例如，在 *Delgammukw* 案中，加拿大最高法院认为，足以支持土著居民所有权的占有应基于相关土地的实际占有和土著法律中的土地持有模式。它接受使用土著口述历史作为历史事实的证明，并裁定“这类证据可以容与法院熟悉的主要由历史文献组成的历史证据类型相互兼容，并居于平等地位”。[52]

尽管国内法在保护土著居民权利免受 FDI 产生的负面影响方面发挥着不可替代的基础性作用。然而，Valentina Vadi 指出，ISDS 可能会影响土著居民的人权,因为大多数国际投资协定允许投资者在国际仲裁庭上挑战东道国的监管措施，

---

[47] Peru’s President Signs Prior Consultation Law, Available at: https://www.culturalsurvival.org/news/perus-president-signs-prior-consultation-law (visited 04 June 2021).

[48] Roger Merino, *Law and Politics of Indigenous Self-Determination: the Meaning of the Right to Prior Consultation*, in Indigenous Peoples as subjects, 120-121 (2018).

[49] 程明彦:《从纽西兰的 APEC 参与观察亚太区域的原住民议题发展》，载《台湾经济研究月刊》2020 年第 43 期，第 60 页。

[50] INTERNATIONAL WORK GROUP FOR INDIGENOUS AFFAIRS (IWGIA), THE INDIGENOUS WORLD 2020, 569 (Copenhagen, Dwayne Mamo ed. 2020).

[51] OHCHR, *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*, E/CN.4/2004/80, para.56 (2004).

[52] Ibid.

即使道国国内法院作出了支持土著居民的判决，受影响的投资者仍然可能对东道国政府的管制措施提出质疑，主张这些措施构成了对投资的不当干涉，可能阻碍东道国的监管，并破坏要求投资者在国内层面承担责任的努力。 一些学者认为，ISDS 机制使得投资者能够利用规避承担可持续发展责任。Prieto-Ríos & Daniel Rivas-Ramírez 指出，投资者可以利用 ISDS 机制转嫁经济转型的成本，使自己免受向更可持续的经济模式过渡的影响。Zoe Philips Willams 在其《2019 年采掘业中的投资者-国家间仲裁（报告）》中认为，倘若这些投资者能够在针对此类行政措施的投资仲裁中获得有利的结果，他们将成功地把向绿色经济转型的负担从该行业转移到公众身上。[53]

此外，哥伦比亚可持续投资中心(CCSI)观察发现，由于新冠肺炎疫情冲击了许多国家的国内经济，在各国政府匆忙实施经济刺激计划和鼓励自然资源领域投资的过程中，各国在疫情前已取得保护环境和社会保障方面的成就可能出现倒退。近来出现了环境影响评估削弱、压缩或限制社区协商，开放土著土地和保护区，以及放宽许可证要求的趋势。这些都构成了严重的风险，有可能损害在国内层面保护土著居民权利方面已取得的积极成果。[54]

再者，国际投资协定对包括投资者、母国、东道国和第三方在内的许多参与者具有溢出效应。Julian Arato 认为，通过国家缔结条约和国际仲裁员解释条约的动态结合，投资协定限制了国家如何组织和平衡其内部关于外国人的私法体系，包括财产法，合同法，公司法和知识产权法。ISA 加剧了这种紧张局面，可能导致随意约束国内私法政策空间。投资协定和 ISA 不仅约束了国家的公共监管政策空间，而且还限制和扭曲了各国对其私法制度的设计，对分配后果和对社会价值产生影响。[55] Gus Van Harten 和 Martin Loughlin 指出，由于 ISA 的运作方式与国内司法审查非常相似，而且 ISA 与国内法律制度密切相关，国际投资协定在某种意义上成为全球行政法。[56]

综上所述，本研究，仅靠东道国国内法律体系和政策来保护土著权利显然并不够，无法取代国际保护的效力。但是，如果在国际投资协定中纳入保护土著权利的条款，则可通过其溢出效应将促进国家对土著居民的保护。

---

[53] Zoe Philips Willams. Investor-State Arbitraiton in the Extractive Industries in 2019.

[54] Nathaniah Jacobs, Tehtena Mebratu-Tsegaye, *Secure Land Rights Are Now More Important than Ever*, Columbia Center on Sustainable Investment, https://ccsi.columbia.edu/news/secure-land-rights-are-now-more-important-ever (last visited May 19, 2022).

[55] Julian Arato, *The Private Law Critique of International Investment Law*, 113 American Journal of International 1, 2, 5 (2019).

[56] Gus Van Harten, Martin Loughlin, *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*, 17 (1) European Journal of International Law 121 (2006).

# 二、 国际投资法保护土著居民权利之必要性的国内外文献梳理

## (一) 国际投资对土著居民权利的影响

国内外学者对国际投资对土著居民权利的影响探讨主要集中在土著居民的财产权（包括土地权、自然资源权）、文化权、磋商权等领域。学者们普遍认为，国际投资对土著居民权利造成了难以磨灭的影响。

### 1. 国际投资对土著居民的磋商权的影响

根据《ILO 第 169 号公约》第 6 条，各国政府在考虑采取可能直接影响有关土著居民的立法或行政措施时，应通过适当的程序，特别是通过土著民族的代表机构，与可能受直接影响的有关民族进行磋商；确立各种途径以便土著民族可以自由地提出倡议、参与决策；相关磋商应以真诚的态度并采取对其情况适合的方式开展，以就拟议采取的措施达成协议或取得一致意见。UNDRIP 则在此基础上作出了更进一步的要求："各国在通过和实行可能影响到土著人民的立法或行政措施前，应本着诚意，通过土著人民自己的代表机构，与有关的土著人民协商和合作，实现征得他们的自由、事先知情同意。[57]

根据上述条约，土著人民作为国际投资中重要的利益相关者，他们对国际投资协定制定过程的参与和投资的建立与土著居民的协商权和 FPIC 密切相关。美洲人权委员会(Inter-American Commission on Human Rights，以下简称 IACHR) 2019 年发布的《泛亚马逊地区土著和部落人民的人权状况》报告指出，油气开采、采矿、伐木、遗传资源利用、水坝、渔业和工业规模的农业、旅游业以及保护区和国家公园的建立都是在未与当地土著民族事先磋商的情况下进行的，可能危及土著社区的物质和文化生存。[58]

联合国特别报告员 Cobo 在《土著人的人权：关于国家与土著人之间达成的条约、协议和其他建设性安排的研究报告》中指出，谈判和通过缔约达成协议（最广义上的缔约）是最为恰当的途径，既可据以使土著居民对争取最终确认或恢复其权利和自由的努力作出切实贡献，也可据以建立起急需建立的切实机制，以推动土著居民的祖传权利和国家及国际文书所载的权利得到落实。因而， 这是在土著居民 FPIC 的前提下在各级努力解决土著居民面临的问题的最恰当的办法。[59] 在国家层面上，许多国家已经采取确保土著居民参与条约制定的措施。例如，

---

[57] United Nations, UNDRIP, Article 19.

[58] IACHR, *Indigenous and Tribal Peoples of the Pan-Amazon Region*, http://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/Panamazonia2019-en.pdf. (last visited May 19, 2022).

[59] OHCHR, *Study on treaties, agreements and other constructive arrangements between States and indigenous populations, Final report by Miguel Alfonso Martínez, Special Rapporteur*, E/CN.4/1999/20, para. 263 (1999).

新西兰法律委员会认识到土著人民在条约制定中的充分代表性的重要性，并提出了一些改革其条约制定过程的建议，包括扩大公众参与。[60] 在国际层面上，一些新一代的双边投资条约已经明确包括确保土著居民参与的条款。加拿大 2021 年的 BIT 范本已经包括了一项透明度条款，即："每个缔约方应确保其有关土著人民权利的法律、规章、程序和行政裁决。包括任何适用的磋商程序，以便使有关人员能够适当地遵守该缔约方的国内法律。"[61]

Manjiao Chi 认为，国际投资协定制定过程中的民主缺失、缺乏透明度导致非国家利益相关者没有充分参与缔约。[62] Joanne Taylor 详细分析了土著居民在缔结投资协定过程中的 FPIC，介绍了加拿大、新西兰等国的土著居民在缔约过程中的参与，包括加拿大的土著居民在中国-加拿大签订 2012 年 FIPA 时的抗议、其国内法院态度，以及新西兰在其投资协定中所纳入的保护土著毛利人的怀唐伊例外条款。[63] 本研究认为，此类规定虽然代表着在国际投资法中关注土著居民权利保护，但由于它们是软法律规范，缺乏约束投资者行为的法律力量，这限制了它们在保护土著居民参与方面的可执行性和有效性。

至于投资的建立阶段，人权理事会的报告指出，国家和投资者与土著居民协商的义务应包括对话和谈判的定性过程，目的是获得同意。[64] 《联合国土著居民权利宣言》没有设想一个单一的行为或时刻或行动，而是在项目的整个过程中进行对话和谈判，从规划开始，一直到实施和后续行动。[65] 自决权是 FPIC 赖以存在的基本人权。[66] 前三个要素（自由、事先和知情）是对同意作为一个决策过程的限定和设定条件。基本上，应在任何项目、计划或行动发生之前获得同意（事先），应独立决定（自由），并基于以文化上适当的方式提供的准确、及时和充分的信息（知情），以使其被视为集体决策过程的有效结果或成果。[67] 2021 年加拿大 BIT 范本第 16（3）条规定："每一缔约方应鼓励在其境内经营的投资者或企业，按照该缔约方认可或支持的国际负责任商业行为标准、准则和原则，与土著人民和当地社区进行并保持有意义的接触和对话。"

---

[60] Law Commission of New Zealand (1997), at 80.

[61] Canada's 2021 Model BIT, Article 15 (3).

[62] MANJIAO CHI, INTEGRATING SUSTAINABLE DEVELOPMENT IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: NORMATIVE INCOMPATIBILITY, SYSTEM INTEGRATION AND GOVERNANCE IMPLICATIONS, 170 (2018).

[63] Taylor J., *International Investment Agreements and Indigenous Peoples: Participatory Rights in Treaty-Making*, Unpublished Masters Thesis. Tilburg University, the Netherlands, 2017.

[64] HRC, *Final Report of the Study on indigenous peoples and the right to participate in decision-making*, A/HRC/18/42, annex, para.9 (2011).

[65] UN General Assembly, *Free, Prior and informed consent: a human rights-based approach Study of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples*, A/HRC/39/62, para 15 (2018).

[66] UN General Assembly, *Free, Prior and informed consent: a human rights-based approach Study of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples*, A/HRC/39/62, para. 6. (2018).

[67] Food and Agriculture Organization of the United Nations, *Free, Prior and Informed Consent: An indigenous peoples' right and a good practice for local communities. Manual for Project Partitioners*, https://www.fao.org/3/i6190e/i6190e.pdf. (last visited May 19 2022).

### 2. 国际投资对土著居民的财产权的影响

2016 年，联合国特别报告员对国际投资协定与土著居民财产权的关系做了论述，她提到，国际人权法和国际投资协定在管理东道国在土著人民领土内或附近的资源开采方面发挥重要作用。协定用于保护和管理与土地和资源开发或使用有关的投资者财产权。这些权利可能与原有的习惯法(但并不一定得到正式承认和授权)和国际人权法保护的土著人民基于拥有权的财产权产生直接冲突。在给予投资者使用土著人民土地的权利时，没有充分尊重和保护土著人民对其土地的权利，以及他们的自由、事先和知情同意权，是后来更广泛侵犯土著人民权利的根本原因。在此背景下，不承认国际人权法义务的国际投资协定，造成土著居民的权利必须服从对投资者的保护，使这些保护会成了未来承认土著人民已有权利的障碍。[68] 对于解决由于向投资者提供保护导致土著人民无法实现其土地和资源权利而产生不利影响的问题，在此之前，特别报告员罗道弗·斯泰芬哈根也在其作出的报告《人权和土著人民问题》中强调，解决（土著居民）的土地权利问题应始终优先于商业发展。必须在法律上和实践中承认传统社区的在先权利。将在先权利赋予矿业公司或其他商业公司，而不是世代持有并照料该土地的社区，这种想法必须停止，因为它使土著居民人权的整个保护制度受到损害。[69]

Christina Binder 提出，国际投资法与土著居民权利之间的相互联系愈发增加。一方面，跨国投资在数量上呈上升趋势，这些投资受到越来越多的投资协定的保护，另一方面，土著居民的领地往往资源丰富，对外资具有强大吸引力。在土著居民领土上设立的投资项目，如进行资源开采，经常会侵犯到土著居民的权利。国际投资对土著居民的消极影响包括环境退化和污染，鉴于土著居民的文化与其土地密切相连，甚而还会造成文化风险。结合 UNDRIP 中规定的土著居民权利，投资和经济活动最容易影响土著人民的文化权、土地权，和参与决策权。[70]

### 3. 国际投资对土著居民文化权的影响

郑川如在梳理了土著居民文化权的法律渊源及内涵。[71]《经济社会文化权利国际公约》第 15 条第 1 项第 1 款规定，人人享有参与文化生活的权利（take part in cultural right）。第 27 条明确规定国家不可剥夺少数族群的文化权、宗教权、或是语言权，这是少数族群权利在国际法上的最大突破。根据联合国人权委员会

---

[68] UNHRC, *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples*, UN Doc A/HRC/33/42, paras 78-79 (2016).

[69] 《人权和土著人民问题》， E/CN.4/2003/90/Add.3，第 67 段(e)项（2003 年）。

[70] Christian Binder, *The UNDRIP's Relationship to Existing International Law, Ch.4 The UNDRIP and Interactions with International Investment Law*, in THE UN DECLARATION ON THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES: A COMMENTARY 97（Jessie Hohmann, Marc Weller. Eds., 2018）.

[71] 郑川如:《谁有权决定谁是原住民？——从两人权公约及相关国际文件检视原住民身份认同问题》，载《法学论著》2015 年第 9 期。

的规定，文化权是所有人权中不可或缺的一种权利。和其他权利一样，文化权具有普遍的、不可分割的、和相互依存的特征。因此，在一个多样化与多元化的世界里，为了维护人性尊严和个人与社群间的积极互动，我们必须要全面增进和尊重文化权利。[72] 又根据人权委员会，“文化生活”是一个历史的动态的、和不断演变的生命过程。[73] 换句话说，文化生活并不仅仅是人类过去的生活方式、传统歌舞与宗教，也包含现在以及将来的生活方式、歌舞与宗教。生活方式、宗教或信仰制度、生产方法或技术、自然和认为环境等均属于“文化”的组成部分。[74]《公民政治权利国际公约》第 27 条规定：“凡有种族、宗教或语言少数团体之国家，属于此类少数团体之人，与团体中其他分子，共同享受其固有文化、信奉及遵行其固有宗教、以及适用其固有语言，此权利不得剥夺之。”依据该条规定，土著民族作为少数族群，有权享受其固有文化、宗教与使用其固有语言。虽然该条款采用反面描述，但并不意味着只要国家政府对土著民族的文化权不加侵害即可，相反地，国家政府应当采取积极的保护措施以确保该项文化权的存在与行使[75]，包括保护土著文化权不被国家政府的行为所侵害，以及土著文化不被其他私人行为所侵害。[76] 同时，当国家的行为或政策可能侵害土著民族的文化权时，必须要建立一个机制以确保土著民族在该决策过程中有效参与（effective participation）。[77] 根据 ICCPR 委员会的意见，保护少数民族文化权的目的，在于确保其文化得以存活和持续发展，从而加强整个社会的结构。[78] 易言之，对土著民族的文化予以特别保护符合全人类社会的共同利益。

## (二) 国际投资法中保护土著权利的必要性与可行性

### 1. 土著居民是国际投资中的重要利益相关者

对 ISDS 改革呼吁促进了多方利益攸关方在实体和程序方面的发展，尤其是在 ISDS 制度是否符合和支持人权诉求方面。[79] Foster 指出，在所有当地利益相关者中，土著居民最容易受到 FDI 的不利影响，并因企业侵犯人权而遭受严重

---

[72] ICESCR，General Comment No.21, para.1.

[73] ICESCR，General Comment No.21, para.11.

[74] ICESCR，General Comment No.21, para.13.

[75] ICCPR，general comment 23，para.7.

[76] ICCPR, general comment no. 23, para. 6.1.: “Although article 27 is expressed in negative terms, that article, nevertheless, does recognize the existence of a ‘right’ and requires that it shall not be denied. Consequently, a State party is under an obligation to ensure that the existence and the exercise of this right are protected against their denial or violation. Positive measures of protection are, therefore, required not only against the acts of the State party itself, whether through its legislative, judicial or administrative authorities, but also against the acts of other persons within the State party.” ;蔡志伟:《从客体到主体：台湾原住民族法制与权利的发展》, 载《台大法学论丛》2011 年第 40 期，348 页。

[77] ICCPR, general comment 23, para. 7.

[78] ICCPR, general comment 23, para. 9.

[79] Kabir A.N. Duggal and Nicholas J. Diamond, *Human Rights and Investor-State Dispute Settlement Reform: Fitting a Square Peg into a Round Hole?*, in Journal of International Dispute Settlement, 1(2021).

伤害。[80]

一方面，许多投资争端源于外国投资者与土著居民之间的冲突。以 *Burlington* 案[81]为例，其部分原因是投资者未能事先与厄瓜多尔的土著居民协商,导致土著居民反对投资者在其领土上勘探和开发石油而采取了一系列抗议和暴力袭击。实践中，投资者未能获得受影响的土著社区的同意而开展投资项目，往往会导致投资项目的严重延误。[82] 这些侵权行为除了给土著居民造成灾难性后果外，还对企业产生了负面影响，包括加剧企业与社区间的冲突进而破坏投资项目的存续和盈利能力，甚至是升级为暴力抗议对投资者的财产和人身安全造成损害。

### 2. 国际投资法与土著居民权利保护之间具有可兼容性

一些学者认为国际投资争端解决机制是解决土著居民权利与外国投资者之间冲突的有效机制。Susan Franck 认为，大多数国际投资协定都为投资者提供了直接诉诸国际仲裁的途径。投资仲裁机制与人权机构和国内法院相比，在其中立性和有效的执行机制方面具有比较优势。可以说，国际投资仲裁已成为解决投资相关争议的最成功机制。[83] Sergio Puig 提出，考虑到国际投资法可以促进经济的相互依存，以创造或更新促进人权价值和目标的战略，它应该成为土著权利倡导的核心，并解决全球化所加剧的不平等问题。[84]

Vadi 认为，由于国际规则的用语较为宽泛，投资协定的标准也具有一定模糊性，在保护投资方面，核心条款是禁止征收、给予投资者公平公正待遇、国民待遇和最惠国待遇。而对于受 FDI 影响的土著居民而言，核心相关权利是磋商权、土地权和文化权。因此，二者在法律渊源方面不存在矛盾。[85] Ben Juratowitch 也认为，保护土著权利的国际法规则与保护外国投资的国际法规则之间并不存在固有的矛盾，从法律渊源来看，保护土著居民和保护投资可以在国际投资协定下加以协调，但在实践中，将这些权利适用于具体事实和考虑潜在的相互竞争的利益时，可能会出现冲突。[86] Christina Binder 对国际投资法与土著居民权利保护

---

[80] George K. Foster, *Investors, States, and Stakeholders: Power Asymmetries in International Investment and the Stabilizing Potential of Investment Treaties*, 17(2) Lewis and Clark Law Review, 406(2013). Also see Adelle Blackett, *Whither Social Clause? Human Rights, Trade Theory and Treaty Interpretation*, 31 COLUM. HUM. RTs. L. REv. 1, 13-14 (1999).

[81] Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5.

[82] Jane A. Hofbauer, *Foreign Investments Meet Free, Prior and Informed Consent (FPIC)-Whose Sovereignty? Sustainable Developmen*t, in Austrian Review of International and European Law 3 (2013); B. Juratowitch, *Resolution of Disputes Involving the Rights of Indigenous Peoples and Extraction of Natural Resources by Foreign Investors*, 108 ASIL Proceedings 5,6 (2014).

[83] Susan Franck, *Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration*,50 HARV. INT'L LJ. 435 (2009).

[84] SERGIO PUIG, AT THE MARGINS OF GLOBALIZATION: INDIGENOUS PEOPLES AND INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 32 (2021).

[85] Valentina Vadi, *Heritage, Power, And Destiny: The Protection of Indigenous Heritage in International Investment Law and Arbitration*, 50 GEO. Wash. INT'l L. REV. 725, 764 (2018).

[86] B. Juratowitch, *Resolution of Disputes Involving the Rights of Indigenous Peoples and Extraction of Natural*

的兼容性持乐观态度。她承认保护外国投资与保护土著居民权利二者之间虽然可能发生冲突，但她认为，现行的国际投资法制度有办法适应对土著居民权利的保护，从而在保障外国投资者的经济利益的同时促进更有包容性的发展概念。她认为解决的方案包括投资仲裁中关于管辖权和适用法律的规定，以及更多地使用《维也纳条约法公约》第 31(3)(c)条规定的系统解释原则和允许关于第三方参与投资仲裁程序的规定。她还强调了国际投资条约改革和使用影响评估的重要性，以及加强仲裁员相关专业知识的培训。[87] 她对国际投资法与土著居民权利保护展开了较为全面的探讨，从条款、案例的角度对二者之间的关系展开分析。她认为，UNDRIP 规定加剧了土著居民权利与投资者权利之间的冲突，人权机构的案例表明，处理二者间关系具有迫切性。虽然有通过管辖权、适用法律等方法加以解决，但仲裁庭鲜少采用，目前的投资仲裁难以解决土著居民的关切。因此，她提出应在投资协定中纳入土著权利保护的相关条款、例外条款，在投资仲裁中明确条约解释、法庭之友、程序透明，改进仲裁员专家等建议。

## 三、 国际投资协定中关涉土著居民权利的主要条款的国内外文献梳理

土著居民权利问题特别报告员在其 2016 年的报告中指出，国际投资协定可能对土著居民的权利产生严重影响，主要归咎于三大相互关联的问题：（1）协定的序言和实质性条款未充分阐述人权问题；（2）根据投资者与国家间争端解决仲裁执行投资者保护造成的实际或可能的威胁，导致“寒蝉效应”；以及（3）将土著居民排除在协定的起草、谈判和批准过程以及争端解决过程之外。[88]

Enrique Prieto-Ríos 和 Daniel Rivas-Ramírez 认为，BITs 和 FTAs 为外国投资者的权利和经济利益提供了过高的保护，而将土著居民的权利排除在外。投资协定往往通过秘密起草，并将所有解释权转移到仲裁员手中，他们优先考虑的是市场逻辑，而未能给予土著居民权利任何空间。在这种结构下，投资仲裁庭掌握评估东道国的决定是否符合投资协定的权力。他们分析了相关投资仲裁裁决以及新一代的多边贸易和投资协定，包括 CPTPP、CEPA、USMCA 等，评估当前国际投资体系是否试图找到解决现行土著居民与外国投资者现存矛盾的选项。Christina Binder 指出，在涉及土著居民权利的投资者仲裁案件中，可能涉及的投

*Resources by Foreign Investors*, 108 ASIL Proceedings (2014).

[87] *Investment, development and indigenous peoples.*

[88] UNHRC, Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, UN Doc A/HRC/33/42, paras 31 (2016).

资协定条款包括征收条款、FET 条款、不歧视、或者全面保护与安全条款，。[89]

在关涉条款的分类上，已有学者对涉及可持续发展（主要包括人权、环境等领域）的国际投资协定条款进行分类。Manjiao Chi 认为，国际投资协定与投资者-国家间争端解决构成了国际投资法的重要组成部分，这二者与跨国投资活动引发的可持续发展问题并不充分兼容。首先，国际投资协定主要提供了保护投资者免受发展中国家的政治和经济不稳定影响的规范，受外国投资影响的其他利益相关者的权利，如当地社区、土著居民等在国际投资协定的制定过程中很少被考虑。此外，国际法的碎片化导致投资仲裁庭几乎没有空间来处理此类社会环境问题。他梳理了投资协定中关涉可持续发展的主要条款，包括实体条款（征收条款、FET 条款）、例外条款（包括一般例外条款及安全例外条款）、公共利益条款（包括环境、人权、劳工权、CSR 和一般利益条款），以及程序条款（包括透明度、法庭之友）等可能被东道国援引作为抗辩的依据。此外，他还分析了征收条款及 FET 条款对可持续发展的潜在阻碍作用以及晚近发展。[90] Duggal 与 Diamond 归纳了国际投资协定中可被解释或用于支持与投资相关的人权保护的条款，主要包括：（1）序言文本；（2）确定投资者责任的条款；（3）一般例外条款；（4）寻求维护东道国监管自主权的条款。还应注意到，由于鲜少有条款直接提及“人权”，因此上述条款的相关性在投资仲裁案件中还涉及条件越解释的问题。[91]

结合上述学者的分类，新一代投资条约的条款本身（primary source），以及根据 ISA 已发生案例汇总而得出的最常被提起的与土著权利密切相关的条款进行讨论，本研究归纳了五类国际投资协定中与保护土著权利相关的主要条款：（1）序言；（2）可持续发展条款；（3）例外条款；（4）实体条款；以及（5）程序性条款。应该指出的是，本章的目的并不是要对现存的三千多个投资协定条款进行穷尽的全面分析，而是只关注这些条款中可能直接影响到保护土著居民的方面或内容，作类型化讨论。此外，也应注意到，这些条款常常交叉适用，相互之间并不一定呈排斥关系。不同的国际投资协定条款都可能同时涉及土著居民保护问题。例如，例外条款、法庭之友条款、以及与跨国投资活动有关的土著居民关切可以通过例外条款、法庭之友参与的规定来解决。

---

[89] Christian Binder, The UNDRIP's Relationship to Existing International Law, Ch.4 The UNDRIP and Interactions with International Investment Law, in THE UN DECLARATION ON THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES: A COMMENTARY 93（Jessie Hohmann, Marc Weller. Eds., 2018）.

[90] MANJIAO CHI, INTEGRATING SUSTAINABLE DEVELOPMENT IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: NORMATIVE INCOMPATIBILITY, SYSTEM INTEGRATION AND GOVERNANCE IMPLICATIONS 2(2018).

[91] Kabir A.N. Duggal and Nicholas J. Diamond, *Human Rights and Investor-State Dispute Settlement Reform: Fitting a Square Peg into a Round Hole?*, In Journal of International Dispute Settlement 13 (2021).

## (一) 序言

### 1. 国际投资协定序言的意义

Villige 提出，从条约法的角度来看，条约的序言部分包含了在开始时说明缔约方的一般目的和目标，以及条约的基本价值的声明。[92] Chi 提出，根据《维也纳条约法公约》(VCLT)，序言可以在解释条款中起到辅助作用。鉴于序言规定了条约的目标和宗旨，它有助于根据第 31 条解释条约，以及根据第 18 条和第 60 条确定条约是否被违反。在实践中，ISA 法庭在解释国际投资协定条款时经常参考国际投资协定的序言。[93] Duggal 与 Diamond 认为，投资条约的序言可能提到具体的人权文书，如确认缔约方对《世界人权宣言》的承诺，虽然此种序言文本没有为缔约方确立具体的义务，但它可以与实质性条款一起发挥补充作用，为优先考虑人权因素的整个投资协定提供解释。[94]

### 2. 关涉土著居民权利保护的序言条款类型及晚近发展

特别报告员提出将土著权利保护纳入序言可以弥合投资法和人权法之间的差距，促进它们的协调。[95] 晚近以来，一些自贸协定的条约投资章节在序言中加入了对土著居民的保护，以响应在国际投资治理中更好地保护土著权利的呼吁。例如，《跨太平洋伙伴全面进步协定》(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership，以下简称 CPTPP) 在其序言中规定，缔约方决心："重申促进企业社会责任、文化认同和多样性、环境保护和保育、性别平等、土著权利、劳工权利、包容性贸易、可持续发展和传统知识的重要性，及保留其出于公共利益进行监管的权利的重要性"。 Risa Schwartz 认为，CPTPP 在其序言中的这一承认表明各方的意图是，保护土著权利与促进国际贸易和投资的经济机会同样重要。[96]

《美墨加协定》(USMCA) 在序言中也承认了土著居民参与的重要性，规定："认识到土著居民更多地参与贸易和投资的重要性。" 因此，该协定的基调已经确定，承认国际贸易和投资不能再忽视土著居民的权利和利益。[97]《新西兰与台

---

[92] M. E. VILLIGER, COMMENTARY ON THE 1969 CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES 43 (Leiden: Martinus Nijhoff, 2009).

[93] CHI (2018), at 20.

[94] Kabir A.N. Duggal and Nicholas J. Diamond, Human *Rights and Investor-State Dispute Settlement Reform: Fitting a Square Peg into a Round Hole?,* In 01 Journal of International Dispute Settlement 13 (2021).

[95] UNHRC, Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, UN Doc A/HRC/33/42, paras 78-79 (2016).

[96] Risa Schwartz, *Developing a Trade and Indigenous Peoples Chapter for International Trade Agreements*, Indigenous peoples and international trade, At 266.

[97] Risa Schwartz, 'Developing a Trade and Indigenous Peoples Chapter for International Trade Agreements', Indigenous peoples and international trade, At 266.

澎金马个别关税领域经济合作协定》（Agreement between New Zealand and the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen, and Matsu on Economic Corporation）的序言部分进一步指出，双方“期盼加强台湾、澎湖、金门和马祖个别关税领域中之原住民族及新西兰毛利族之间文化与民族交流之合作架构，同时谋求该等族群间经贸关系之拓展及便捷化。”

尽管上述协定在序言中纳入保护土著居民的目标具有进步意义，但由于条约的序言并没有为缔约国或投资者创造具体的权利和义务，其约束力在实践中是有限，其主要还是起象征性作用。

## (二) 可持续发展条款与土著居民权利保护的联系

### 1. 可持续发展条款的分析

1993 年联合国世界人权会议承认了土著居民的固有尊严及其对社会发展和多元化的独特贡献。它重申了国际社会对土著人民的经济、社会和文化福祉以及他们享受可持续发展成果的承诺。[98] 捍卫土著权利是一项与人权密切相关的基本公共利益，被认为是国际和平与安全的最佳保障之一。为了调和促进投资和维护东道国监管权之间的冲突，贸发会议在 2018 年升级了一个改革方案，将国际投资治理与全球可持续性目标重新结合起来。[99]

土著居民在实现可持续发展目标方面的重要性正日益得到认可。尽管现有的国际投资协定没有为解决可持续发展问题提供足够的规范，但最近的条约实践已经引入了一些积极的发展。2004 年，国际可持续发展研究所发布了《促进可持续发展的国际投资协定范本》(IISD Model IIA)，作为各国在制定国际投资协定时 "增加支持可持续发展的长期外国投资 "的模板。[100] 它强调需要以合法、透明和负责任的方式，在投资者权利、发展目标和保护公共利益之间取得平衡。[101] 作为这种模式的一部分，投资者也要直接负责确保他们的投资不损害当地的环境和社区，这与土著居民密切相关。2012 年，英联邦秘书处出版了《将可持续发展纳入国际投资协定。发展中国家指南》(英联邦指南)，主要是为英联邦发展中国家成员制定国际投资协定提供指导。英联邦指南对可能与可持续发展有关的典型国际投资协定条款进行了全面分析。

许多新一代的国际投资协定纳入了人权、企业社会责任、劳工和环境保护标准[102]，这些标准通常与土著居民密切相关。根据 2018 年厄瓜多尔双边投资协定

---

[98] Vienna Declaration and Programme of Action, Vienna, Part I, para. 20, https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx. (last visited May 19, 2022).

[99] UNCTAD, *Reform Package for the International Investment Regime*, 2018.

[100] The IISD Model IIA, at 3.

[101] The IISD Model IIA, at 4.

[102] Kabir A.N. Duggal and Nicholas J. Diamond, Human *Rights and Investor-State Dispute Settlement Reform:*

范本，投资者将有权获得 "充分的补偿"，其中特别考虑到 "投资或投资者对环境或当地社区造成的任何损害.....并且没有得到补救。除了列入有关可持续发展和人权的条款外，2019 年荷兰 BIT 范本明确要求投资者进行环境和社会影响评估。2020 年，欧盟和中国原则上完成了全面投资协定（CAI）的谈判，其中指出，双方决心根据可持续发展目标加强其经济贸易和投资关系，支持高水平的环境保护，并鼓励企业遵守 CSR 或负责任的商业行为。CAI 建立了一个可持续发展工作组，以促进和监督实施[103]，以及争端解决安排，允许各方将遵守问题提交给一个独立机构解决。可持续发展问题受制于一个定制的争端解决程序，该程序涉及各方之间的协商，如果不能达成友好的解决方案，则提交给一个专家小组。[104] 允许独立第三方（通常是法庭之友）向专家小组提交书面材料。然而，专家小组的报告和建议不具约束力，也没有任何制裁。[105]

### 2. 企业社会责任条款隐含保护土著居民权利要求

自 20 世纪 70 年代初以以来，UNCTAD、OECD、国际商会（International Chamber of Commerce,以下简称“ICC”）和 ILO 等国际组织为了规制外国投资者（尤其是跨国公司的）不良行为，曾先后起草和制订了有关规制跨国公司行为(包括竞争中立、税务、雇佣关系、技术转让、贿赂、信息及披露等)的规则。《联合国跨国公司行为守则》（草案）（Draft United Nations Code of Conduction Transnational Corporations）在一定程度上反映了规制外国投资者的一般规则，可视为国际社会制订“投资者义务与责任”规范的初步尝试。然而，这些规则文件属于软法性质，以投资者自愿承担为主，缺乏相应的实质激励和规制措施，其进展和实效甚微。

学界对投资者责任的探讨经历了从以自我约束性质为主的 CSR 条款到更广泛的投资者责任，再到以可持续发展导向的投资者责任的发展历程，许多学者都对投资者责任条约化的路径及利弊方面展开了深刻的探讨。

韩秀丽指出，鉴于外国投资者经由 BITs 取得了 ICSID 的“出诉权”，已具有国际法意义上的法律人格，可在 BITs 中直接规定国际法上的义务，以使外国投资者的义务平衡其享有的权利。[106] 曾华群指出，“投资者义务与责任”条款是平衡东道国与外国投资者之间权益及外国投资者本身权利与义务的重要体现，是国际投资条约体制的重要突破。在 IIA 实践中，应以“可持续发展”为目标，增加“投

---

*Fitting a Square Peg into a Round Hole?,* In 01 Journal of International Dispute Settlement 13 (2021).

[103] CAI, Section VI, Article 4.

[104] CAI, Section IV, Sub-Section 4.

[105] Lorenzo Cotula, *EU-China Comprehensive Agreement on Investment: An Appeal of its Sustainable Development Section*, 6.2 Business and Human Rights Journal 360, 365 (2021).

[106] 韩秀丽：《中国海外投资地环境保护——母国规制方法》，载《国际经济法学刊》2010 年第 3 期,第 143 页。

资者义务与责任”条款，并提出了具体的条款设计原则:(1)要求外国投资者遵守东道国法律，制订针对“不遵从”行为的处罚措施，赋予东道国在外国投资者违反东道国法律而引起的 ISDS 中对该外国投资者提起反诉的权利。(2)促进外国投资者遵守普遍承认的标准，如《国际劳工组织关于跨国企业和社会政策的三方原则宣言》和《联合国商务与人权指导原则》，且履行有关经济发展、社会和环境风险的企业适当谨慎(Corporate Due Diligence)，规定法庭或仲裁庭在解释和适用条约保护(如FET 条款)或决定给予投资者赔偿数额时将考虑有关投资者“不遵从”行为的情况。(3)促进外国投资者遵守可适用的 CSR 标准，可提供 CSR 标准清单或规定 CSR 标准的内容，规定法庭或仲裁庭在解释 和适用条约保护(如 FET 条款)或决定给予投资者赔偿数额时将考虑有关投资者“不遵守”行为的情况。(4) 要求缔约各方之间在促进遵守可适用的 CSR 标准方面的合作。(5)促进母国以投资者在社会和环境方面的可持续行为作为给予海外投资促进优惠的条件。应当指出，上述“投资者义务与责任”条款内容尚属原则性规定，主要强调外国投资者遵守东道国法律和普遍承认的 CSR 标准的一般义务与责任，是外国投资者本应在东道国承担的基本法律义务与责任。[107] 张庆麟和佘海鸥提出了社会责任投资理念，论述了新兴的社会责任投资应考虑社会、环境、公司治理和道德等因素，追求投资财务和非财务回报，旨在实现投资、经济与社会可持续发展，其投资策略本身强调利益平衡、注重发展维度，并将社会责任投资条款写入国际投资条约。[108] 张金矜提到，由于传统国内法机制在规制跨国企业人权责任方面存在局限性，IIAs 可作为规制跨国企业人权责任的新平台，与国内法机制共同发挥作用。[109]

Manjiao Chi 认为，在 IIAs 中增加外国投资者责任有助于使国际投资法更加平衡，而实现这一目标的重点在于将 CSR 条款纳入 IIAs 中。此外，随着 IIAs 越来越以市场为导向，如果跨国公司作为全球主要市场参与者不受 IIAs 监管的话，将对全球投资治理构成高风险。国际 CSR 规范可能以不同形式纳入国际投资协定。但将 CSR 条款订入 IIAs 中存在两个障碍，首先，CSR 条款并非由国家有权机关制定，仍然属于软法性质，并且给外国投资者设置义务背离了国际法中的国家中心主义（state-centrism）。其次，IIAs 起初主要是为了保护外国投资而制定的，投资者责任很少在 IIAs 中被提及。[110]

---

[107] 曾华群:《共同发展：中国与“一带一路”国家间投资条约实践的创新》,载《国际经济法学刊》2019 年第 1 期第 25 页、

[108] 张庆麟、佘海鸥:《论社会责任投资与国际投资法的新发展》，载《武大国际法评论》2018 年第 1 期第 267 页。

[109] 张金矜:《国际投资仲裁规制跨国企业人权责任的缺陷及其完善》，载《国际经济法学刊》2018 年第 4 期第 76 页。

[110] MANJIAO CHI, INTEGRATING SUSTAINABLE DEVELOPMENT IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: NORMATIVE INCOMPATIBILITY, SYSTEM INTEGRATION AND GOVERNANCE IMPLICATIONS (2018).103-104.

边永民认为，有约束力的 CSR 条款能够增强仲裁庭对人权问题的管辖。通过在投资保护协定中加入 CSR 条款使得仲裁庭有可能受理相关社会责任争议。其次，CSR 条款可能为仲裁庭判断投资者的行为是否符合东道国的要求提供更加明确的指引，成为东道国提出相应抗辩和反诉的有效依据。再者，将 CSR 条款纳入 IIAs 中反映了缔约双方在保护投资者利益和保护东道国利益上的新的共识，进而对仲裁庭解释公平公正待遇、最低国际标准和社会公共利益等重要投资条款产生影响，促使仲裁庭以一种更加均衡的视角来考虑对投资者利益和东道国管理本国公共事务权利的保护。[111]

## (三) 关涉土著居民权利的例外条款

除了在国际投资协定的序言中说明保护土著居民的目的外，国际投资协定中的大多数涉及土著居民权利的条款系例外条款。UNHRC 的特别报告员指出，例外条款仍然是确保国家政策制定权的重要工具。[112]

Enrique Prieto-Ríos 和 Daniel Rivas-Ramírez 指出，ISDS 的实践表明，投资仲裁庭往往不愿意接受东道国所主张的其保护土著居民的国际义务（如土地权、环境权和事先协商权）作为抗辩投资者索赔的例外。因此，使国际投资法成为一个自成一体的体系，受限于投资协定的条款。因此，除非国际投资协定明确为土著居民提供保护，否则国家将无法完全履行其在 UNDRIP 和《ILO 第 169 号公约》下的承诺。[113] 联合国土著居民权利问题特别报告员 Victoria Tauli-Corpuz 建议，贸易和投资协定应包括更多的保护性保留或例外，这不仅使保护土著权利的政府行为免受 ISDS 的影响，而且还为所有有利于土著居民的不符合规定的国内措施提供一个总的例外。上述做法显示了一种积极的趋势，即在国际经济协定中承认国家对土著人民的承诺正在蔓延和发展。Amokura Kawharu 也认为，设置土著例外条款的目的在于维护国家在采取土著保护措施时的监管权。在多边贸易和投资条约中列入具体的例外条款以确保土著居民的权利似乎是一个日益增长的趋势。[114]

自 2001 年以来，新西兰努力在其自由贸易协定（FTAs）中纳入“怀唐伊条

---

[111] 边永民：《国际投资仲裁机构对涉及人权问题的投资纠纷的审理》，载《政法论丛》2020 年 02 期第 25 页。

[112] UNHRC, Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, UN Doc A/HRC/33/42, para 89 (2016).

[113] Enrique Prieto-Ríos, Daniel Rivas-Ramírez, Neocolonialism and the Tension between International Investment Law and Indigenous Peoples: The Latin American Experience, INDIGENOUS PEOPLES AND INCLUSIVE INTERNATIONAL TRADE: BUILDING EQUITABLE AND INCLUSIVE INTERNATIONAL TRADE AND INVESTMENT 107 (John Borrows, Risa Schwartz., eds., 2020).

[114] Amokura Kawharu, The Treaty of Waitangi Exception in New Zealand’s Free Trade Agreements, in INDIGENOUS PEOPLES AND INCLUSIVE INTERNATIONAL TRADE: BUILDING EQUITABLE AND INCLUSIVE INTERNATIONAL TRADE AND INVESTMENT (John Borrows, Risa Schwartz., eds., 2020).

约”的例外条款，这为其他国家寻求纳入具体的例外条款以保护土著权利提供了先例。[115] 新西兰还在《跨太平洋伙伴关系全面进步协议》(CPTPP）中加入了怀唐伊的例外条款，规定：

> 1. 本协定中任何条款不得阻止新西兰对于本协定所涵盖事项，采取其认为必要的措施给予毛利人更优惠待遇，包括在履行其在《怀唐伊条约》项下义务的过程中，只要此类措施未用作针对其他缔约方的人的任意或不合理歧视的手段，或用作对货物贸易、服务贸易和投资的变相限制。
>
> 2.缔约方同意，《怀唐伊条约》的解释，包括对于其项下所产生的权利和义务的性质，不得受本协定的争端解决条款约束。第 28 章（争端解决）在其他方面适用于本条。根据第 28.7 条（专家组的设立）设立的专家组可被请求仅就第 1 款中所指的任何措施是否与一成员在本协定项下的权利不一致作出确定。

这是多边贸易协定中的第一个土著例外条款，也是第一个适用于投资者-国家争端的先例。正如该条款中“本协议中任何条款”的措辞，以及将该例外条款与其他一般例外条款一起放在第 29 章中，新西兰政府保留了履行《怀唐伊条约》规定的对毛利人的义务的监管权力，无论这些措施是否与国家在自由贸易协定中的义务相抵触。[116] 它还扩大了政府行使监管权的范围，增加了“其认为必要的措施”这一表述，赋予政府采取相关保护措施时自我判断的权力。[117] 此外，它将有关《怀唐伊条约》的问题排除在争端解决范围之外，以避免破坏对土著居民的保护。然而，Perry Bellegarde 指出，CPTPP 中的怀唐伊例外条款使其他国家的土著人民没有任何类似的保证，这可能导致与人权法和《联合国土著人民权利

---

[115] For instance, the Chapter 24 that under the title “General Exceptions” of Agreement between New Zealand and the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen, and Matsu on Economic Cooperation provides that,

Article 6 Treaty of Waitangi

1. Provided that such measures are not used as a means of arbitrary or unjustified discrimination against persons of the other Party or as a disguised restriction on trade in goods and services, nothing in this Agreement shall preclude the adoption by New Zealand of measures it deems necessary to accord more favourable treatment to Māori in respect of matters covered by this Agreement including in fulfilment of its obligations under the Treaty of Waitangi.

2. The Parties agree that the interpretation of the Treaty of Waitangi, including as to the nature of the rights and obligations arising under it, shall not be subject to the dispute settlement provisions of this Agreement. Chapter 21 (Dispute Settlement) shall otherwise apply to this Article. An arbitral tribunal established under Article 7 (Establishment of an Arbitral Tribunal) may be requested by Chinese Taipei to determine only whether any measure (referred to in paragraph 1 of this Article) is inconsistent with its rights under this Agreement.

[116] Amokura Kawharu, The Treaty of Waitangi Exception in New Zealand’s Free Trade Agreements, in INDIGENOUS PEOPLES AND INCLUSIVE INTERNATIONAL TRADE: BUILDING EQUITABLE AND INCLUSIVE INTERNATIONAL TRADE AND INVESTMENT (John Borrows, Risa Schwartz., eds., 2020).

[117] Risa Schwartz, ‘Developing a Trade and Indigenous Peoples Chapter for International Trade Agreements’, in Indigenous peoples and international trade, At 257.

公约》的普遍愿望相违背的结果。[118]

USMCA 克服了这种缺陷，因为它对所有缔约国都适用土著例外，USMCA 第 32.5 条“土著居民权利”规定：“只要这种措施不被用作对其他缔约方人员的任意或无理歧视的手段，或被用作对货物、服务和投资贸易的变相限制，本协议不排除缔约方采取或维持它认为必要的措施，以履行其对土著人民的法律义务。”USMCA 被称为“迄今为止对土著人民最具包容性的国际贸易协议”。[119] Perry Bellegarde 指出，USMCA 的土著例外条款比 CPTPP 更进一步，因为它删除了“更优惠待遇”的限制性语言。[120] 因此，它涵盖了缔约方为履行其对土著居民的法律义务而采取的任何法律措施，只要这些措施不是任意的或无理的歧视。缔约国可以自由地履行其对土著居民的法律义务，而不必担心触犯贸易或投资规则。

土著例外条款的作用是免除东道国为保护土著权利而采取与国际投资协定相一致的措施的责任。据此，国家有可能在采取措施保护土著居民方面获得更多的自主权。除了上述单独列明的土著例外条款，涉及保护土著居民权利例外的条款还可以采取多种形式，如作为一般例外条款的一部分、以及征收条款和 FET 条款中的“嵌入式例外”。例如，美国 2012 年 BIT 范本规定了“除极少数情况下，东道国为了保护合法的公共利益，如公共健康、安全和环境，而实施的非歧视的规制行为不构成间接征收”。《美国-乌拉圭 BIT》还进一步规定，其对“正当公共利益目标”的列举不是穷尽的，列举只是基于“更大确定性”的考虑。晚近以来许多投资者援引公平公正待遇条款将东道国诉诸仲裁。而仲裁庭在解释和适用公平公正待遇时，大多倾向于采取比传统国际最低标准更为宽泛的解释，公平公正待遇现在成为投资协定中投资者最容易获得索赔的条款，偏向投资者的权益保护而相对忽视了东道国的公共利益。为了应对这一问题，晚近投资协定将国家管制权例外内嵌入公平公正条款中，此种明确规定有助于强化东道国的立场，例如 1984 年签订的《中国-比利时-卢森堡 BIT》（已失效）规定，在投资的管理、运营、使用或清算方面的公正待遇并不阻止国家“为了维持公共秩序和捍卫法律”而采取的必要措施。在新的《中国-芬兰 BIT》中也存在类似的公共秩序例外。

---

[118] UNHRC, *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples*, UN Doc A/HRC/30/41, paras 77-78 (2015).

[119] Perry Bellegarde, *By Including Indigenous Peoples, the USMCA Breaks New Ground*, https://www.macleans.ca/opinion/by-including-indigenous-peoples-the-usmca-breaks-new-ground/ (last visited March 7, 2022).

[120] Risa Schwartz, *Developing a Trade and Indigenous Peoples Chapter for International Trade Agreements*, in INDIGENOUS PEOPLES AND INTERNATIONAL TRADE 266 (John Borrows, Risa Schwartz., eds., 2020).

## (四) 关涉土著居民权利保护的核心实体条款

### 1.关涉土著居民权利的征收条款分析

通常情况下，征收条款有两种主要模式。[121] 一种模式的条款可以被描述为“简单型条款”，它指的是国际投资协定的条款以综合的方式包含了直接和间接征用。 一个典型的例子是：“缔约国中任何一方的国民或公司的投资在另一方境内不得被国有化、征用或被采取相当于国有化或征用的措施，除非是出于与该方内部需要有关的公共目的，并得到迅速、充分和有效的补偿。”[122]间接征用条款的另一种模式可以被描述为“综合型条款”，即除了征用条款外，国际投资协定还包含一个或多个进一步澄清征用条款的细节的条款。一般来说，一些国际投资协定在征用条款中包括一个附件，对间接征收进行了更明确的定义。[123] 例如，2012 年《中国-加拿大 BIT》的第 10 条（征收）规定了一般的征收规则，指出“除非出于公共目的，根据国内适当的法律程序，以非歧视性的方式，在缔约另一方的领土上，不得征用、国有化或对其采取相当于征用或国有化的措施。”除了第 10 条之外，该 BIT 的附件 B.10 还包含了与征用有关的进一步规则。该附件明确指出“除非在极少数情况下，例如一项措施或一系列措施从其目的来看是如此严重，以至于不能合理地认为它是出于善意而采取和适用的，否则缔约国的非歧视性措施或一系列措施，如果是为了保护公民福祉的合法公共目标，如健康、安全和环境，则不构成间接征收。”

根据治安权理论，在某些情况下，东道国有权在没有发现可补偿征用的情况下进行管理。[124] 这包括“通过非歧视性的行动保护环境、人类健康和安全、市场完整性和社会政策等的权利”。[125] 然而，国际投资仲裁实践表明，由于大多数现有的间接征用条款语言含糊不清，而且缺乏对国家警察权力的统一定义，被告国很难说服仲裁庭相信国家的措施构成监管性征用。这可能会扩大间接征用的范围，模糊国家的监管措施和征用之间的界限。外国投资者可能会指责国家旨在保护土著居民权利的措施具有等同于征用的效果，从而导致东道国在监管方面的“寒蝉效应”。为了克服这种缺陷，一些新一代国际投资协定正在改革间接征用条款的文本，以加强国家的监管灵活性，并使征收条款与保护土著居民权利更加兼容。新一代国际投资协定中的这些创新可以分为两类，一类是建立一个更具体的对于间接征收的说明性标准，典型的做法是包括进一步的语言，以确保仲裁员在

---

[121] CHI (2018), at 43.
[122] UK- Venezuela BIT (1996), Article 5 Expropriation (1)
[123] CHI (2018), at 43.
[124] UNCTAD, *Expropriatio*n, 79 (2012).
[125] C. Yannaca-Small, *“Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law’*, https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf, (last visited April 27, 2022).

政府为追求公共福利目标，如健康、环境或社会目标而采取行动的情况下，不会发现间接征用。[126] 新一代国际投资协定纳入此类标准的趋势越来越明显，如欧盟-加拿大全面经济贸易协定（CETA）的投资章、2012 年《中国-加拿大 BIT》、USMCA 和 2021 年《日本-格鲁吉亚 BIT》。另一类则走得更远，在国际投资协定中增加了一个单独的 “监管权”条款。例如，2021 年加拿大 BIT 范本已明确将原住民的权利纳入合法的政策目标，它指出：“各缔约方有权在其境内进行监管，以实现合法的政策目标，如保护环境和应对气候变化；保护社会或消费者；或促进和保护健康、安全、土著居民的权利、性别平等和文化多样性。”

### 2. 公正公平待遇条款对东道国保护土著权利措施的潜在阻碍

在国际投资仲裁实践中，FET 条款是投资者提起仲裁的主要条约依据，而且成功率很高。[127] 在大多数涉及土著居民权利的 ISDS 案件中，投资者声称东道国的监管措施违反了 FET 条款，并寻求赔偿。FET 标准被认为是当今国际投资协定中包含的“最重要的实质性保护”。[128] 与间接征用条款类似，FET 条款旨在行使国家的监管权力，[129] 这也可能对国家采取监管措施保护原住民的能力产生深远的制约作用。然而，UNCTAD 的研究指出，仲裁庭对 FET 是否构成独立的待遇标准及其具体内容仍然存在分歧。鉴于大多数 FET 条款措辞宽泛，许多仲裁庭对其进行了宽泛的解释，以包括各种具体要求，包括国家有义务以公正的方式采取一致、透明、合理、不含糊、任意或歧视的行动，以确保决策的正当程序并尊重投资者的合法期望，因此，在很大程度上导致对投资者更有利的结果。[130]

为了减轻这种广义解释的限制性影响，最近的条约开始澄清东道国义务的含义。一些国际投资协定纳入了一份 FET 标准的内容清单，可分为两种类型：指示性的和详尽的。例如，USMCA 第 14.6(2)(a)条包含了一份关于 FET 标准的描述性清单，规定“公正和公平待遇'包括在刑事、民事或行政裁决程序中不拒绝按照世界主要法律制度所体现的正当程序原则进行司法的义务。”CETA 的第 8.10 条也纳入了一份详尽的公平待遇标准清单。Manjiao Chi 认为这种条款设计将公平待遇与任何外部标准脱钩，特别是模糊的国际法标准，这对减少公平待遇标准

---

[126] Krista Nadakavukaren Schefer, Sustainability in International Investment Law: Building on What Exists by Enhancing the Right to Regulate, 31 Swiss. REV. INT'l &EUR. L. 193, 205 (2021).

[127] UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, UNCTAD/DIAE/IA/2011/5, 2012.

[128] DOLZER, R. AND SCHREUER, C., PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 130 (2nd ed. 2012); A. NEWCOMBE, L. PARADELL, LAW AND PRACTICE OF INVESTMENT TREATIES 255 (2009).

[129] CHI (2018), at 50.

[130] UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (UNCTAD/DIAE/IA/2011/5), 2012.

的模糊性和限制仲裁员的解释自由度起到了至关重要的作用。[131] 一些国际投资协定甚至走得更远，除了列出投资待遇的要素外，这类条款没有提到“公正和公平待遇”，并明确保留东道国保护弱势群体的监管权力。例如，2020 年的《巴西-印度 BIT》第 4 条规定。

### 3.充分保护和安全条款与保护土著居民权利措施的潜在冲突

联合国特别报告员指出，促进和保护在土著领土上投资的国际投资协定，往往伴随着军事和私人安保服务的部署这引起了广泛关切，特别是那些曾经发生过激烈程度较低冲突的地区。因此，根据国际人权法和 UNDRIP 第 30 条，不应在土著居民的土地或领土上进行军事活动，除非有相关的公共利益作为理由或土著居民以其他方式自由同意或提出请求。但是，根据这类协定关于充分保护和安全的条款规定，某些现有解释实际上允许这类安保人员的存在，进而导致了国际投资法与国际人权法之间的直接冲突。[132]

为了使 FPS 的规定与保护土著居民更加一致，应明确规定 FPS 的适用范围，以防止出现 “寒蝉效应”。例如，FPS 条款应只限于“物理”安全，并规定保护应与国家的发展水平相称。 最近，一些国际投资协定甚至进一步排除了 FPS 在特定问题上的应用。马里-土耳其双边投资协定将土地排除在 FPS 和 FET 条款的适用范围之外。[133] 这种做法有助于保护土著居民免受投资的不利影响，减轻国家保护土著权利的义务和向外国投资者提供 FPS 待遇的义务之间的冲突。

## (五) 关涉土著居民权利保护的程序条款

### 1.土著居民及其代表申请成为法庭之友的依据分析

Bartholomeusz 提出“法庭之友”是争议的非争议方。法庭之友通过向法院或法庭提供他们的特殊观点或专业知识来参与争端解决程序。[134] 过去的几十年里，法庭之友的申请和参与国际投资仲裁案的情况越来越多。[135] 虽然土著居民是跨国投资活动的重要地方利益相关者，但根据现行的投资仲裁规则，他们不能直接参与国际投资仲裁程序。法庭之友地位能够为权利受到 ISDS 机制干扰的土著居民提供了表达其案件的唯一机会。[136] 因此，这种规定的设计和功能可能对保护

---

[131] CHI (2018), at 57.

[132] A/HRC/33/42 第 31 段。

[133] Article 4 (d): “(d) The provisions of Article 3 and 4 of this Agreement shall not oblige the Contracting Parties to accord investments of investors of the other Contracting Party the same treatment that it accords to investments of its own investors with regard to acquisition of land, real estates, and real rights thereof.”

[134] L. Bartholomeusz, “The Amicus Curiae before International Courts and Tribunals”, Non-State Actors and International Law 209 (2005), at 211.

[135] Gary Born and Stephanie Forrest, Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration, 34 ICSID Review 626, 632 (2019).

[136] European Center for Constitutional and Human Rights, ‘Human Rights inapplicable in International

土著居民产生深远的影响。此外，法庭之友的参与促进了国际投资仲裁的程序透明度，这对善治和法治至关重要。[137] Katia Fach Gomez 提出了这一制度的缺陷，即对于国际投资仲裁程序中的争议方来说，法庭之友的参与可能导致程序的拖延、费用的增加、无视各方的同意以及干扰他们的战略。[138]

2003 年北美自由贸易协定（NAFTA）自由贸易委员会（FTC）的声明中首次允许法庭之友参与。在该声明中，如果符合某些标准，允许 NAFTA 第 11 章法庭接受非争议方的书面材料。[139] 2006 年，ICSID 修改了其仲裁规则，允许法庭之友参与。ICSID 仲裁规则第 37(2)条充分授权仲裁庭在做出是否允许法庭之友参与决定时拥有自由裁量权。仲裁庭应考虑，除其他事项外，在何种程度上：（1）提交的材料是否会通过提供不同于争议方的观点、特殊知识或见解来帮助仲裁庭作出决定；（2）提交的材料会涉及争议范围内的事项；（3）申请人在诉讼中具有重大利益。此外，仲裁庭应确保非争端方的提交材料不会扰乱程序，也不会给任何一方造成不适当的负担或不公平的损害。[140] 尽管如此，这些规范仍然是不充分和不明确的，导致在不同的国际海底管理局案件中，法庭之友的参与标准不一致。

最近，许多仲裁规则和新一代投资条约都包括了关于法庭之友参与 ISDS 程序的规定。[141] 联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）的《透明度规则》于 2014 年生效，明确允许法庭之友提交材料，其标准与 ICSID 的《仲裁规则》(2006 年修正案) 类似。2021 年生效的《维也纳国际仲裁中心（VIAC）投资仲裁规则》、《SIAC 投资规则》和《SCC 规则》的附录三也包含了规范非争端方参与的条款。[142] ICSID 发布了关于 2021 年 ICSID 规则修订建议的第五份工作文件，其中更具体地规定了非争端方的提交（规则 67）。除了仲裁庭应根据现有 ICSID 仲裁规则考虑的情况外，该提案进一步增加了两项要求，包括非争议方的身份、活动、组织和所有权，以及非争议方是否有资金或助理来提交材料。该提案还为仲裁庭提供了更多的指导和要求。首先，仲裁庭可以对非争议方施加条件，包括关于书面材料的格式、长度或范围的要求，以及提交材料的最后期限。第二，仲裁庭应在关于申请的最后一份书面材料提交后 30 天内就是否允许非争议方提交材料作出

---

Investment Arbitration? A commentary on the non-admission of ECCHR and Indigenous Communities as Amici Curiae before the ICSID tribunal', Berlin, July 2012.

137 CHI (2018), at 138.

138 Katia Fach Gomez, *Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest*, 35 (2) Fordham International Law Journal 547-553 (2012).

139 NAFTA Commission Meeting Joint Statement, 'Statement of the FTC on Non-Disputing Party Participation' (7 October 2003).

140 ICSID Arbitration Rule (2006 Amendment) Article 37.

141 Gary Born, Stephanie Forrest, Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration, 34 (3)ICSID Review, 626, 632 (2019).

142 VIAC Rules of Investment Arbitration come into force; new rules regulate counterclaims, third-party funding, security for costs and expedited proceedings, and provide for limited transparency.

合理的决定。第三，仲裁庭可向非争议方提供程序中提交的相关文件，除非任何一方反对。

2018 年，美国、加拿大和墨西哥签署了一项新的贸易协定（USMCA），以取代《北美自由贸易协定》，其中载有关于 ISDS 程序内透明度框架的详细指导。根据 USMCA，只要遵守某些保障措施，被告国应向公众提供与程序有关的各种文件。此外，它规定了公开听证会和提交法庭之友的意见。

关于法庭之友参与 ISDS 程序的规定能够促使国际投资协定和投资仲裁规则通过增加土著参与而实现与保护土著权利之间的兼容。上述国际投资法的新发展显示了允许法庭之友参与 ISDS 程序的趋势。通过提供更多的规范来管理这些问题，法庭的自由裁量权可能在一定程度上受到限制。因此，它将提高仲裁程序的透明度和公众参与度，从而增强 ISDS 的合法性。[143]

## 2.投资仲裁中关涉土著居民权利的反诉分析

根据 UNCITRAL 第三工作组的一般理解，工作组的任何工作都不会排除考虑对投资者提出索赔的可能性，而这种索赔是有法律依据的。[144] UNCITRAL[145] 和 ICSID[146] 的投资仲裁规则明确承认反诉，但须遵守关于管辖权和受理的具体规则。[147] VIAC 的投资仲裁规则（2021 年）也明确规定了提出反诉的可能性。[148]

除仲裁规则外，许多投资条约也包含反诉条款。UNCITRAL 指出，出于各种原因，一些国家对在投资条约中纳入反诉条款很感兴趣。一方面，通过让东道国在投资者未能履行其义务时提出反诉，可能有助于解决现有 ISDS 机制的不平衡问题。[149] 东道国提出反诉的权利，从程序和宪法的角度来看，可能是对平等原则的支持。[150] 另一方面，反诉也可以作为促进可持续发展的一个新途径。[151] 反

---

[143] Chen Yu, *Amicus Curiae Participation in ISDS: A Caution Against Political Intervention in Treaty Interpretation*, 35 (1-2) ICSID Review 223, 225 (2020).

[144] The UNCITRAL Working Group III's thirty-seventh session (A/CN.9/970, para.35.

[145] Article 21(3) of the UNCITRAL Rules 2013 provides as follows: "In its statement of defence, or at a later stage in the arbitral proceedings if the arbitral tribunal decides that the delay was justified under the circumstances, the respondent may make a counterclaim or rely on a claim for the purpose of a set-off provided that the arbitral tribunal has jurisdiction over it."

[146] Article 46 of the ICSID Convention provides as follows: unless the parties agree otherwise, the Tribunal shall, at the request of a party, determine any incidental or additional claims or counterclaims arising directly from the subject-matter of the dispute provided that they fall within the scope of the consent of the parties and are otherwise within the Centre's jurisdiction.

[147] Molly Anning, *Counterclaims Admissibility in Investment Arbitration: The Case of Environmental Disputes*, in HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND POLICY 1 (2020).

[148] Vladislav Djanic, *VIAC Rules of Investment Arbitration come into force; new rules regulate counterclaims, third-party funding, security for costs and expedited proceedings, and provide for limited transparency*, IA Reporter (2022).

[149] United Nations Commission on International Trade Law Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) Thirty-ninth session, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Multiple proceedings and counterclaims Note by the Secretariat*, A/CN.9/WG.III/WP.193, para 33, 22 January 2020.

[150] In 2019, the Report of the Eighteenth Commission of the Institut de Droit International on the 'Equality of

诉与保护人权、环境和投资者的企业社会责任义务密切相关。[152] 因此，东道国越来越依赖反诉来维护其管理公共利益的权利。[153] 此外，允许反诉在同一程序中与最初的申诉同时审理，可能会提高程序效率，防止在不同的争端解决机制进行涉及同一当事人的多个程序。[154] 尽管一些投资者反对反诉，但在一些案件中，投资者同意反诉，因为他们认为投资仲裁法庭在中立性、效率和执行机制方面比国内法院有比较优势。[155]

### 3. 第三方资助对土著居民权利的影响分析

根据 UNCITRAL 第三工作组报告的定义，第三方资助（third-party funding，以下简称 TPF）是指非处于争端中的一方实体（第三方资助者）向争议方提供资金或其他物质支持，以换取基于争议结果的报酬的一种协议。[156] ICCA 国际仲裁 TPF 报告统计指出，近年来，第三方资助者、资助的案件、与资助者合作的律师事务所以及有关第三方资助的报告案件的数量都有显著增加。[157] 第三方资金对 ISDS 和保护本土权利既可产生消极影响，也可产生积极影响。

就负面影响而言，UNCITRAL 工作组在第 37 此会议工作报告指出，TPF 可能会增加轻率索赔的数量，对争端的友好解决产生负面影响，并加剧 ISDS 制度中的结构性失衡。[158] 在其第 38 次议程中，UNCITRAL 工作组进一步归纳了 TPF 可能影响 ISDS 程序的方面：它可能导致仲裁员的利益冲突，影响费用分配的决定，并影响对披露给第三方出资人的特权信息的保护以及这些出资人受保密义务约束的程度。[159] ICCA 指出了投资仲裁中的第三方资助对土著居民的影响，第三方资助者可能会资助那些挑战东道国为保护土著居民所采取的措施的案件。如果投资者胜诉，财富就会从公共部门转移到私领域，甚至导致东道国对监管产生“寒蝉效应”，这将加剧土著居民的痛苦，破坏可持续发展目标。[160]

一些学者也发现了 TPF 的适用也可以产生积极意义。Milan Lazić, Milica

---

Parties before International Investment Tribunals', para 184.

[151] Maxi Scherer, Stuart Bruce, Juliane Reschke, *Environmental Counterclaims in Investment Treaty Arbitration*, 36 (2) ICSID Review 413 (2021).

[152] UNCITRAL Working Group III's thirty-seventh session (A/CN.9/970, para. 34).

[153] Maxi Scherer, Stuart Bruce, Juliane Reschke, *Environmental Counterclaims in Investment Treaty Arbitration*, 36 (2) ICSID Review 413 (2021).

[154] United Nations Commission on International Trade Law Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) Thirty-ninth session, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Multiple proceedings and counterclaims Note by the Secretariat*, A/CN.9/WG.III/WP.193, para 34, 22 January 2020.

[155] Xuan Shao, *Environmental and Human Rights Counterclaims in International Investment Arbitration*, in Journal of International Economic Law, 24, 157-159 (2021).

[156] UNCITRAL Working Group III (ISDS Reform), Thirty-seventh session, A/CN.9/WG.III/WP.157

[157] ICCA Report 2018

[158] Report of Working Group III,I*nvestor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-seventh session* , 1–5 (2019).

[159] NCITRAL Working Group III (ISDS Reform), Thirty-eighth session,

[160] ICCA Report 2018, at 202.

Savić提出，TPF 能够成为那些没有足够资金资助昂贵的争端中的当事人提供司法救助的重要工具。[161] 此外，TPF 也可用于投资仲裁中的国家当事方。根据贸易法委员会秘书处的说法，TPF 可以由非营利性资助者、股权融资或律师提供。[162] ICCA 报告提出了非营利性 TPF（NFP-TPF）的概念，阐看明其利益是非货币性的，因为资助案件的原因与涉及争议的价值或问题有关，不收取任何货币利润。[163] Santiago Theoduloz 则对 NFP-TPF 详细论述 NFP-TPF 这一概念。他认为，NFP-TPF 的出现代表了一种新的、不断发展的仲裁融资形式。非营利性第三方出资人的行为具有特定目的，其专业性使当事人能够依赖。[164] 这方面的一个例子是菲利普-莫里斯诉乌拉圭案，在该案中，布隆伯格基金会及其 "无烟儿童运动 "资助了乌拉圭政府。[165] 因此，提供资金是为了东道国的利益，以及资助者对政治和裁决的政策影响的兴趣，而不是为了经济利益。

尽管第三方资助对于国际投资利益中的公共利益保护问题具有重要性，并引起了很多关注，但 UNCITRAL 工作组指出，ISDS 中的 TPF 在很大程度上仍未得到规范。[166] 最近，一些国际仲裁规则和国际投资协定已经纳入了对 TPF 的监管。2021 年，ICC 仲裁规则[167] 和 VIAC 规则[168] 都引入了当事人披露第三方资金安排的要求。同时，ICSID 要求在《ICSID 公约程序条例和规则拟议修正案》的规则 14 中广泛披露 TPF 安排，因为工作文件 5 抛弃了以前的措辞，即把提供融资的律师排除在第三方出资人的定义之外。[169] 此外，包括新加坡和中国在内的一些司法实践已经采取措施对 TPF 进行监管。新加坡通过修改相关立法和仲裁规则允许在国际仲裁中使用第三方资助。包括其于 2017 年修改的《民法》(Civil Law Act）以及颁布《2015 年法律职业行为规范》、《2017 年民法（第三方资助）条例》，对 TPF 进行了全方位的监管。[170] SIAC 也在其投资仲裁规则（第一版，

---

[161] Milan Lazić, Milica Savić:Third Party Funding and Access to Justice, at 136.

[162] Lisa Bohmer, *Counsel Funding Arbitration is Ordered to Provide Written Undertaking That It Will Pay Hypothetical Adverse Costs Award in Treaty Dispute; Request for Disclosure is Rejected* (2022).

[163] International Council for Commercial Arbitration, Report of the ICCA-Queen Mary Task force on Third-Party Funding in International Arbitration, 2018.

[164] Santiago Theoduloz, *Not-for-profit Third Party Funding*, https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-not-for-profit-third-party-funding (last visited March 29, 2022).

[165] Foley HOAG LLP, *Government of Uruguay Taps Foley Hoag for representation in international arbitration brought by Philip Morris to overturn country's tobacco regulations,* http://www.foleyhoag.com/newsand-events/news/2010/october/uruguay-taps-foley-hoag-for-representation (last visited March 29, 2022).

[166] UNCITRAL Working Group III (ISDS Reform), Thirty-seventh session, A/CN.9/WG.III/WP.157

[167] ICC Arbitration Rules (2021), Article 11(7).

[168] VIAC Rules of Arbitration and Mediation (2021), Article 13a.

[169] COUNSEL FUNDING ARBITRATION IS ORDERED TO PROVIDE WRITTEN UNDERTAKING THAT IT WILL PAY HYPOTHETICAL ADVERSE COSTS AWARD IN TREATY DISPUTE; REQUEST FOR DISCLOSURE IS REJECTED（Feb 17, 2022 | By Lisa Bohmer）

[170] Third Party Funding and Access to Justice

2017 年 1 月 1 日）中要求当事人披露 TPF。在中国方面，CIETAC 在 2017 年将 TPF 的规定纳入其投资仲裁规则。[171] 2019 年，北京国际仲裁中心（BIAC）公布了其国际投资仲裁规则，对 TPF 的规定更加具体和先进。[172] 其第 39 条第 1 款对 TPF 进行了相对宽泛的定义，它将 TPF 定义为非程序争议一方、该方的附属机构或该方代表的个人或实体为程序的进行提供资金或其他同等支持。

一些投资条约也纳入了对 TPF 的规定。2018 年签署的《阿根廷-阿拉伯联合酋长国相互促进和保护投资协定》明确禁止了 TPF。[173] 此外，一些投资条约允许 TPF，但规定了具体要求。例如，《欧盟-越南投资保护协定》通过定义 TPF、确立具体的披露要求，以及要求法庭在确定费用担保和任何费用临时裁决时考虑 TPF，来解决有关 TPF 的问题。[174]

鉴于 TPF 有助于在 ISDS 程序中保护土著人民，本条建议在完善的监管下允许 TPF 的存在。根据 UNCITRAL 工作组的意见，监管 TPF 的改革方案包括 （1）建立机制以确保一定程度的透明度，包括通过披露（这也可以保持仲裁员的公正性）；（2）对未能披露的行为进行制裁；以及（3）对第三方资助者以及他们何时可以提供资金提供规则。[175] 此外，应鼓励非盈利第三方资助支持对土著居民的保护，包括资助被告国和给予希望参与 ISDS 诉讼的土著居民足够的金钱和专业法律支持。

---

171 CIETAC Investment Arbitration Rules, Article 27.

172 Article 39 of Rules for International Investment Arbitration

173 See Argentina-United Arab Emirates Agreement for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (signed on 16 April 2018), Article 24: “Third party funding is not permitted”.

174 ARTICLE 3.37 Third-Party Funding

175 38th session, para.10.

# 四、 国际投资仲裁中关涉土著居民权利案件实证分析的国内外文献梳理

目前大多数学者的研究采取的方法为选取特定行业（如采掘业）典型案例进行分析，例如 Nicolás M Perrone 撰写的着眼于发生在采掘行业的国际投资仲裁案的 *Investment Law and Policy Developments in the Extractive Industries 2020*，以及 Valentina Vadi 针对投资仲裁中涉及的土著文化遗产写作的 *The Protection of Indigenous Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration* 以及 *Environmental Considerations in Investment Arbitrations and Treaties: Investor-State Arbitration Laws and Regulations 2022*，从国际投资法的角度探讨了经济发展和土著人民权利之间的冲突，以及相对于外国投资者的经济利益，现有的法律框架是否能充分保护本土文化遗产的问题。通过研究保护土著文化遗产的国际规范，对相关投资者仲裁案进行批判性评估，Vadi 得出结论，认为对自然资源开采的外国直接投资有可能改变文化景观，抹去记忆，而对文化产业的外国投资会诱发文化同质化。同时，国际投资法构成了一个具有法律约束力和高度有效的制度，要求各国促进和推动外国直接投资。这些文章针对特定领域进行了详细分析，角度新颖，在宏观层面对国际投资法中的土著居民权利保护问题的研究仍然缺乏。

整体来说，当前国内学者对于国际投资法中的土著居民权利保护问题研究寥寥，与本文研究最为密切相关的是魏伟、黄世席的《中国企业海外投资中的原住民问题及应对》。在实证研究方面，国内学者 Chao Wang, Jing Ning 和 Xiaohan Zhang 在《*International Investment and Indigenous Peoples' Environment: A Survey of ISDS Cases from 2000 to 2020*》一文选择了 10 个 2000 年至 2020 年期间所有公开的 ISDS 案件进行分析，指出土著居民的环境很容易受到外国投资的破坏进而发生纠纷。这篇文章考察了当前的国际投资法，特别是投资者-国家争端解决机制（ISDS）能否对土著居民的权利提供必要的保护。该文章指出，土著居民参与 ISDS 程序在法律上受到限制，且极耗费时间，而且很少得到仲裁法庭的有利裁决。而损害土著居民权利的裁决后果往往导致"三输"的局面，不利于国际投资制度的更可持续化。基于此，作者强调了可持续的国际投资制度应该促进对土著居民的福祉和环境保护，主张未来的改革不止应包括 ISDS 程序改革，还要升级投资协定中的实质性条款，强调 FPIC 以及加强投资者承担企业社会责任。[176] 该文章，采用理论研究、比较分析等多种研究方法进行实证分析，对本研究的写作具有重要参考意义。该文章首次对涉及土著居民权利的案件进行了实证分析，然而其所选取的样本并不充足，此外，该文章对于"土著民族"的概念与"少数民

[176] Chao Wang, Jing Ning and Xiaohan Zhang, *International Investment and Indigenous Peoples' Environment: A Survey of ISDS Cases from 2000 to 2020*, 18(15) International Journal of Environmental Research and Public Health 7798 (2021).

族”的概念存在一定程度的混淆，再者，其对 IIA 中实质性条款的升级只提到 USMCA 中直接提到保护土著居民权利的内容，而未提及一些间接关涉土著居民权利保护的投资协定或 BIT 范本中的条款，如管制权条款、FET 条款等，虽具有开创性意义，但全面性稍显不足。

Christina Binder 将土著居民权利与国际投资法之间的交叉分为两种情况，一种是援引土著居民权利作为东道国抗辩以避免承担违反投资协定责任的“盾牌”（如 Glamis Gold, Burlington, Chevron, South American Silver 等案件），另一种则是拥有土著民身份的投资者以土著权利为“剑”，来援引相关土著权利保护标准来主张优惠待遇。如 *Grand River* 案的申请人要求东道国给予其基于土著人民身份而应当享有的更优惠待遇。本文认为，这种分类具有开创意义，但仍可在此基础上做进一步细化，将国际投资与土著居民权利之间的关联分为三类,即：以在上述“剑”与“盾”的两种方式之外增加土著居民或其代理人作为法庭之友 (*amicus curiae*）参与投资仲裁以提交意见的单独分类。从已知的 ISDS 案例来看，土著民族参与仲裁的主要方式是通过法庭之友（通常是代表土著人民的非政府组织）提交书面意见。目前，已有 8 起国际投资仲裁案件涉及土著居民的“法庭之友”申请。

本文统计发现，截至 2022 年 5 月，共有 21 个公开的涉及土著权利的投资仲裁案，且涉及土著权利问题的投资仲裁案件近年来呈增加趋势。土著权利保护与促进和保护外国投资议题正在相互交织。[177] 从涉及地域来看，拉丁美洲和非洲的发展中国家最有常因此受到外国投资者的挑战。此类争端最常发生在资源采掘业，并可能对土著民族的生计产生毁灭性影响。[178] 其中大部分案件属于“盾”型，即东道国援引土著权利保护作为抗辩理由，经过实证分析，这可进一步分为三种情况：其一是外国投资者可能会对东道国为规范或保护土著权利而采取的措施提起申诉，在这种情况下，投资仲裁庭可能将此类国内规定视为干扰外国投资的间接征收。其二是，若东道国在投资设立后颁布关于保护土著权利却增加投资者责任的相关法规，则国内监管法规的变化也可能会因为违反国家对投资者的公平和公正待遇（fair and equitable treatment, FET）而受到质疑。[179] 其三是，如果在投资项目与当地土著居民出现矛盾时，土著人民采取了对投资或投资者不利的行动，而东道国未能及时加以制止，外国投资者可能会起诉东道国违反了全面的保护和安全标准。

---

[177] Valentina Vadi, *Heritage, Power, And Destiny: The Protection of Indigenous Heritage in International Investment Law and Arbitration*, 50 GEO. Wash. INT'l L. REV. 725, 764 (2018).

[178] Kyla Tienhaara, *What You Don't Know Can Hurt You: Investor-State Disputes and The Protection of the Environment in Developing Countries*,6 GLOBAL ENVIRONMENTAL POLITICS 73 (2006).

[179] Levine, J. *The interaction of international investment arbitration and the rights of indigenous peoples*. In F. Baetens (Ed.), Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives 112 (2013).

## (一) 国际投资仲裁案中相关实体条款的核心争议点

在涉及土著问题的国际投资仲裁案件中，申请人通常会援引违反 FET 标准、FPS，或根据国家有关保护土著人民的措施来主张存在间接征用。

### 1. 仲裁庭对关涉土著权利征收案件的认定

截至 2022 年 5 月，共有 16 起涉及土著居民权利的国际投资仲裁案件的投资者指控东道国违反征收条款。其中，有四个案件涉及直接征用的指控，其中一个仍在审理中，另外三个被仲裁庭认定构成直接征用。 其余 12 个案件则涉及对间接征用的指控，除了两个仍在审理中的案件和一个已和解的案件外，有六个案件的判决裁定不构成间接征收，而另外三个案件的判决则裁定构成了间接征收。

在征收的诉因方面，当外国投资者的投资项目位于土著居民的土地上，与土著居民的紧张冲突可能导致东道国实际扣押投资项目时，他们往往会指控东道国进行了直接征收。例如，在 *Von Pezold & Border Timbers v. Zimbabwe* 案中，外国投资者声称，东道国没收他们的土地，违反了 BIT 中的征收条款。此外，*Cosigo v. Colombia* 案的申请人称，东道国在他们的金矿开采特许权所在的区域内建立国家公园，构成了对其投资的非法征收。

### 2. 仲裁庭对保护土著权利措施与公正公平待遇冲突的认定

截至到目前，有十八起国际投资案件中的违反 FET 指控与土著居民权利相关。除了一个已和解的案件和两个未决案件外，有十五个案件已经审结。在六起案件中，仲裁庭认定东道国违反 FET 标准，在九起案件中申请人的这一诉求被驳回。 Burlington 案、Álvarez 案和 Gallo 案的仲裁庭则没有在实体问题审理阶段分析违反 FET 标准的指控，而是认定其无管辖权。此外，鉴于 FET 标准的某些方面，如合法期望、正当程序和非歧视，与征用的某些方面相重叠，除 Chevon 案外，投资者在这些案件中既要求非法征用其投资，又要求违反 FET 标准。一些仲裁庭将这两个问题放在一起分析，如 *Vestey Group v. Venezuela* 案和 *Bear Creek v. Peru* 案中，仲裁庭认为既然已经认定构成征收，就驳回了对于违反 FET 标准的指控。在 Grand River 案中，争议各方同意合理预期与征用和 FET 标准有关，法庭将它们放在一起讨论。除此以外，大多数法庭对违反 FET 标准的行为进行了单独考虑。总而言之，在涉及原住民的 ISA 案件中，在四起进入实体问题的仲裁案中，仲裁庭认定东道国没有违反 FET 条款。由于 Grand River 案的申请人是土著人，从上述案件结果，我们初步推断，FET 标准对土著居民的权利保护有不利影响。

由于国际投资协定中一般不对 FET 标准进行定义，该标准的模糊性使得独

立和客观的第三方可以根据灵活的标准来评估这类行为。[180] 根据 UNCTAD 的一项研究，似乎有一个广泛的共识，即某些类型的不正当和不可信的国家行为将违反 FET 标准，如挫败外国投资者的合法期望，拒绝司法，无视正当程序的基本原则，以及决策中明显的任意性。然而，对于其他类型的国家行为，如决策的透明度和一致性，则存在一定争议。[181]

### 3. 仲裁庭对保护土著居民权利措施与充分保护和安全冲突的认定

投资者在 11 个涉及土著居民权利的投资仲裁案件中指控东道国违反了 FPS 待遇义务，结果是他们的大部分指控被驳回。关于管辖权问题，关于土著问题的 FPS 标准索赔只被一个 ISA 法庭驳回。尽管 Burlington 案中违反 FPS 标准的要求是基于土著人民的暴力攻击，而这部分是由于缺乏事先协商而引发的。法庭以管辖权为由驳回了这一具体诉求，声称申请人没有按照 BIT 的要求将争端通知国家。换句话说，法庭没有在案情阶段处理这样一个问题。

考虑到 FPS 和 FET、习惯国际法之间的密切关系，只有两个案件中的投资者声称东道国基于同一措施违反了 FPS 和东道国的其他投资条约义务（如 FET、习惯国际法、征收），并且没有进一步详细区分。在 Vestey Group v. Venezuela 案中，申请人认为东道国违反了 FET 和 FPS 的义务，采取了违反标准的任意措施。然而，仲裁庭没有进一步处理这个问题，因为申请人表示，如果仲裁庭最终认定存在非法征收，并产生自然损害后果，就不需要考虑与所谓违反 FET 和 FPS 标准有关的索赔。因此，法庭未对相关问题进行审理。 *Chevron v. Ecuador（2）*案的申请人还声称，东道国在其国家司法程序中拒绝司法，这产生了对 FET、FPS 标准的违反。仲裁庭认为被告国违反了 FET 标准，但申请人所援引的 FPS 标准的并没有为其案件增加任何实质内容，因此不予考虑。

此外，其他 ISA 案件将 FPS 作为独立于 FET 的标准。 这些案件大致可分为两类，一类主张人身安全，另一类则要求该标准包括非暴力情况，如经济或法律安全。[182]

## (二) 国际投资仲裁案中的相关程序争议点

在涉及土著问题的 ISA 案件中，法庭之友、第三方资助和反诉是最相关的程序问题。

---

[180] DOLZER, R. AND SCHREUER, C., PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 176 (2nd ed. 2012).

[181] UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, UNCTAD/DIAE/IA/2011/5, 62-63 (2012).

[182] 如 *Gold Reserve v. Venezuela* 案。

### 1. 仲裁庭对土著居民权利问题的管辖权探析

涉及土著居民权利的国际投资仲裁案件中的管辖权问题大致可分为两类，一是部分无管辖权型，由于投资协定大多并未提及土著居民权利，投资仲裁庭认为相关问题不属于管辖权范围。此类型较为常见，例如，在 Burlington 案中，尽管部分位于土著领地（称为 23 号和 24 号区块）的投资由于缺乏事先协商而遭受了土著居民的抗议和暴力攻击，但仲裁庭认为其对 23 号和 24 号区块的相关涉及土著的争议没有管辖权。在 Chevron 案中，被告认为法庭应拒绝管辖权，因为其裁决会影响到第三方——土著居民的权利。然而仲裁庭指出，其只考察东道国在 BIT 下的义务，东道国的条约义务以及其内国法院所确认的义务之间的不一致由东道国自行解决。在 Von Pezold 和 Border Timbers 这两起合并仲裁的案件中，法庭同样拒绝考虑其中涉及的土著居民问题，称根据国际法裁定当地社区是否构成土著居民身份不属于投资仲裁争端的适当范围。为了纠正侵权行为，仲裁庭裁决要求东道国归还争议地块，这不可避免地影响到了在其上定居的土著居民，然而土著居民不仅在本案中没有发声权利，东道国亦没有提出它对土著社区的义务作为辩护，也没有表示土著社区与本案事实或法律问题有关。然而，进来争端各方越来越多地援引保护土著居民作为其重要论据，这迫使仲裁庭在仲裁中考虑土著问题。

关于完全没有管辖权的类型，典型情况是被诉东道国声称，根据“干净的手”原则，投资的非法性导致投资者不应受到 BIT 的保护。这种情况发生在四个案件中，即 *South American Silver* 案，*Álvarez* 案，以及 *Kappes* 案，结果各不相同。*South American Silver* 案的仲裁庭认为，被告没有提供足够的证据证明该原则是国际法的一般原则或国际公共政策的一部分。因此，仲裁庭认为国际法中没有既定的“干净的手”原则，也没有理由根据这一原则裁定投资者的申诉不可受理。*Álvarez* 案则完全不同。被告提出了几项管辖权异议，认为投资是非法获得的，因为投资者没有遵守关于出售位于土著居民保护区的土地的国内立法。法庭认为，双边投资条约中包含有隐含的合法性要求。争议土地的收购受制于高度相关的特别制度，该制度设立了投资，并规定了具体的基本要求，包括土著居民对土地的优先购买权，但这些要求没有得到满足。投资者应谨慎行事，进行合理的尽职调查并熟悉东道国的法律要求。因此，仲裁庭认为投资违法的情况非常严重，投资者及其投资都不能享受条约和国际法的保护。同样，在 Kappes v. Guatemala 案中，被告东道国也提出了因投资存在非法性而应拒绝管辖的意见。仲裁庭拒绝了东道国的请求，该案进入实体案情审理阶段，仲裁庭是否会确定其拥有管辖权还有待观察。

### 2. 仲裁庭对土著居民及其代表法庭之友申请的处理

目前，有 8 起案件涉及法庭之友申请。结果，其中 4 起仲裁庭（Glamis Gold、Grand River、Bear Creek 和 Pac Rim）接受了法庭之友的申请，而另外 4 起仲裁庭（Chevron、Von Pezold、Border Timbers 和 Kappes）则拒绝了申请。

至于拒绝法庭之友申请的案件，以 Von Pezold 和 Border Timbers 这两个合并审理的案件为例。总部设在柏林的欧洲宪法和人权中心（ECCHR）和津巴布韦四个原住民社区的酋长共同向仲裁庭提交了一份申请，要求作为法庭之友提交书面材料。ECCHR 和酋长们要求法庭考虑投资项目位于土著人民的祖传领地这一事实。他们认为，法庭不应做出任何对土著人民的土地权产生负面影响的决定，也不应侵犯他们的自由、事先和知情同意权。尽管法庭明确承认，土著社区在申请人声称拥有完全合法所有权的土地上拥有利益，而且仲裁决定可能影响到土著社区的利益，但法庭还是驳回了请愿。考虑到土著社区在本案中具有重大利益，并使其工作与政府的土地改革政策保持一致，法庭称他们不是独立的。此外，法庭怀疑自己是否有能力确定受影响社区是否为土著人民。因此，它认为这个问题和请愿书不属于第 37(2)条规定的争端范围。

在 Von Pezold 和 Border Timbers 这两个合并审理的案件中，法庭采用了狭义的非争端方标准，这不仅与《ICSID 公约》第 37（2）条的意图相悖，而且也与 ICSID 其他法庭在适用该规则时的先前判例相矛盾。

尽管关于法庭之友参与的发展令人鼓舞，但仍有很大的改进空间。首先，它是由法庭酌情授予的，适用于法庭之友参与的标准不明确，几乎不可能满足。[183] 围绕着法庭在多大程度上考虑 "法庭之友 "提交的论点，以及它们是否对实际决策产生重大影响，存在着很大的不确定性。[184] 仲裁庭即使接受了法庭之友的意见书，也没有义务考虑其论点。事实是，由于非争议方获得 "法庭之友 "地位的可能性只有一半，这些案件中只有一半是根据 "法庭之友 "的意见作出裁决的。在 Pac Rim 案中，国际环境法中心（CIEL）提交了一份 "法庭之友 "意见书，涉及如何解释公共利益及其与尊重人权的关系问题。意见书强调，"土著社区对其土地和领土的集体财产权对国家主权的行使施加了限制"。[185] 法庭承认与环境保护有关的人权义务的重要性。然而，法庭没有对 CIEL 的案件进行更全面的总结或处理，原因有二。首先，未经双方共同同意，CIEL 没有得到在仲裁第三阶段

[183] A. Galindo, A. Elsisi, Non-Disputing Parties' Rights in Investor-State Dispute Settlement: The Application of the Monetary Gold Principle, in PRIVATE ACTORS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 178 (Marc Bungenber et al., eds., 2021).

[184] Stephan W. Schill, Wherefore Art Thou? Towards a Public-Based Justification of International Investment Law, 33 (1) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 29 (2018).

[185] Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Center for International Environmental Law (CIEL), Submission of Amicus Curiae Brief on the Merits of the Dispute (25 July 2014), 7-9.

提出的大量事实证据，包括没有公开举行的听证会。其次，法庭在裁决中的决定并不要求法庭详细考虑 CIEL 提出的法律案件，在这种情况下，法庭这样做也是不合适的。 在 Glamis Gold 案中，法庭允许 Quechan 印第安民族提交非当事人意见。然而，法庭在作出裁决时并没有提及他们在诉状中提出的任何论点。[186] 在 Bear Creek 案中，法庭无视法庭之友提出的所有支持和主张土著人民权利的考虑和论点。[187] 虽然*Álvarez* 案涉及当地土著人的传统土地，但他们没有正式参与诉讼程序，并被东道国劝阻不要提交法庭之友书状。[188]

### 3. 仲裁庭对涉及土著居民权利的反请求的处理

历史上，国家曾在国际投资案件中主张投资者的环境侵权行为作为一种辩护，而最近，国家声称同样的环境侵权行为是反诉的依据，这种趋势越来越明显。[189] 在两个涉及土著权利的案件中，即 *Burlington v. Ecuador* 和 *Kappes v. Guatemala*，被告国都提出了反诉。在 *Kappes v. Guatemala* 一案中，危地马拉提出反诉，声称申请人很可能在没有资助必要的环境补救措施的情况下放弃其采矿项目。因此，危地马拉要求提供 200 万美元以支付预期的环境补救费用。由于该案仍在审理中，目前尚不清楚法庭是否会审理该反诉，以及会得出什么结果。

虽然在国际投资仲裁庭的环境和人权反诉很少，[190] 但 *Burlington v. Ecuador* 案是投资仲裁庭根据东道国的反诉作出赔偿裁决的第一个案例。在 *Burlington v. Ecuador* 案中，厄瓜多尔认为投资者的投资导致了地下水和土壤污染，造成了环境损害，根据厄瓜多尔的法律和合同，投资者应对此负责。厄瓜多尔-美国 BIT 没有明确提到东道国主张反诉的权利，但排除了某些类型的反诉。[191] 因此，目前还不清楚法庭对这种反诉是否有管辖权。关于可受理性，本案不存在法律联系，

---

[186] Valentina Vadi, Heritage, Power, and Destiny: The Protection of Indigenous Heritage in International Investment Law and Arbitration, 50 GEO. Wash. INT'l L. REV. 725, 764 (2018).

[187] Enrique Prieto-Ríos and Daniel Rivas-Ramírez, *Neocolonialism and the Tension between International Investment Law and Indigenous Peoples: The Latin American Experience*, in INDIGENOUS PEOPLES AND INTERNATIONAL TRADE: BUILDING EQUITABLE AND INCLUSIVE INTERNATIONAL TRADE AND INVESTMENT, 97 (John Borrow, Risa Schwartz., eds. 2020).

[188] Álvarez y Martin Corporacion S.A. y Otros v. Republic de Panama, ICSID Case No. ARB/15/14, Motivation of the Decision Concerning the Preliminary Objections of the Plaintiff Regarding Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules (Jan.27, 2016), cited in Sergio Puig, International Indigenous Economic Law, (2018).

[189] Yasmine Lahlou and Rainbow Willard, *The Rise of Environmental Counterclaims in Mining Arbitration, Global Arbitration Review*, https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-mining-arbitrations/2nd-edition/article/the-rise-of-environmental-counterclaims-in-mining-arbitration#footnote-075 (last visited April 04, 2022).

[190] Xuan Shao, *Environmental and Human Rights Counterclaims in International Investment Arbitration*, in Journal of International Economic Law, 24, 157-159 (2021).

[191] The Ecuador-United States BIT (1993), Article Ⅵ 7. In any proceeding involving an investment dispute, a Party shall not assert, as a defense, counterclaim, right of set-off or otherwise, that the national or company concerned has received or will receive, pursuant to an insurance or guarantee contract, indemnification or other compensation for all or part of its alleged damages

但可能存在事实联系，因为投资者造成的环境损害在时间和地理上与投资和投资者的主要索赔有关。[192] 然而，双方达成了一项单独的协议，[193] 其中申请人同意仲裁庭对反诉的管辖权，因为厄瓜多尔放弃了除本仲裁外对伯灵顿公司提出新索赔的权利。因此，法庭确立了对反诉的管辖权，因为管辖权的同意要求和连接性的可接受性要求都得到了满足。[194]

总而言之，*Burlington v. Ecuador* 案仍然表明，投资仲裁庭可以处理与主要争端密切相关的非投资问题。特别是，它们可以作为一个中立和有效的机构，解决投资者和东道国之间关于保护土著权利的争端。此外，即使 BITs 不包含反诉条款，各方也可以通过后续协议确定法庭的管辖权。尽管如此，仍有一些需要改进的地方，如国家是否能代表土著居民的权益，以及如何计算损害赔偿额，这些都需要在国内法和国际法中进一步完善。

### 4. 投资仲裁案件中的第三方资助类型及其影响

在已知的 ISDS 案件中，有 4 起案件（南美银诉玻利维亚、*Chevron v. Ecuador (2)*、*Crystallex v. Venezuela*、*Dominion Minerals v. Panama*）涉及第三方资助（TPF）。*South American Silver*、*Crystallex* 和 *Dominion Minerals* 的投资者得到了第三方的资助。通过资助投资者的法律索赔，TPF 有可能鼓励投资者对东道国政府采取的旨在保护土著权利的措施提出索赔。此外，由于在目前的体系中，土著人民仍然受到限制，无法作为 NDPs 有意义地参与进来，TPF 可能会加剧外国投资者和土著人民的不对称结构，甚至会加剧已经偏向于私人利益的国际投资法体系中固有的不平等现象。

值得注意的是，虽然第三方没有直接资助 *Chevron* 案的当事人，但 Burford Group Limited（一家诉讼资助机构），资助了原告（东道国受影响的社区，主要是土著居民）在厄瓜多尔国内法院的部分法律费用。在国内诉讼中，土著居民认为投资者污染了亚马逊雨林和河流。2011 年，该法庭裁定投资者败诉，命令其向土著人民支付 951 万美元的赔偿。为了避免支付赔偿金，外国投资者后来发起了一场外国和国际运动，包括向常设仲裁法院（PCA）提交针对厄瓜多尔的 ISDS 仲裁。因此，*Chevron and Texaco v. Ecuador (II)*案间接地涉及到了 TPF。Goldhaber 认为，如果第三方融资者资助原住民寻求法律救济，可能是令人向往的。如果能够为指控企业侵犯人权的合法案件提供资金，使其有一个公平的竞争环境，这将

---

[192] Molly Anning, *Counterclaims Admissibility in Investment Arbitration: The Case of Environmental Disputes*, in HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND POLICY 1 (2020).

[193] Burlington v Ecuador (n 9) paras 60–1. The compromis was entered into on 26 May 2011, as noted in Procedural Order 8 (confidential) in the proceedings.

[194] Ibid para 60. (In the agreement, the parties expressed their consent that the arbitration was the 'appropriate forum for the final resolution of the Counterclaims arising out of the investment', that the Tribunal thus noted that its 'jurisdiction ... [over] counterclaims is not challenged, and rightly so'.).

是一个积极的发展。 第三方资助者可以支付法律费用，并向土著人民提供专业的法律咨询，从而保护他们的权利和利益。然而，不幸的是，这个案件却走向了相反的方向。在国内诉讼中，原告的律师和代表计划将判决书中的任何资金放在境外的一个信托基金中，由他们认可的受托人独家控制，从而使收益远离厄瓜多尔。原告和第三方融资机构之间的安排显示，原住民将获得很少的赔偿，如果有的话，而且是在其他所有人都得到赔偿之后。事实是，原告律师所追逐的赔偿金对解决厄瓜多尔国有石油公司的恶劣环境记录毫无帮助，该公司自 1993 年以来一直是该地区的主要石油生产商。随着原告律师在这场诉讼中发现欺骗和欺诈行为，第三方资助者执行了一份宣誓声明，称其绝不会为诉讼提供资金。[195]

# 五、 完善国际投资法对土著居民权利保护之对策的国内外文献梳理

一些学者认为条约解释可以成为国际投资法兼容土著居民权利保护或是促进可持续发展的一条重要路径。Katharina Berner 认为，条约解释可以作为一个替代方法来协调国际投资法和可持续发展目标。[196] Daniel Rosentreter 则通过考察 VCLT 第 31 条（3）（c）和系统解释的内涵，提出这两个方法可以协调国际投资法和相冲突的外部规则，但并不是解决东道国和投资者利益平衡问题的“万能钥匙”。[197]

边永民提出，处理与投资有关的人权问题可在新签署的投资保护协定中加入人权保护的规则，规定东道国不应为吸引外国投资而降低关于劳动、公共卫生、安全以及环境保护等公共利益的保障措施，从而架起在投资争议中处理相关的人权问题的桥梁。[198] Valentina Vadi 从改良 IIAs 的实质性条款、仲裁程序方面提出了建议，包括在 IIAs 中加入文化例外条款，并要求对投资进行文化影响评价，以及进一步推进法庭之友制度，而不能让土著民族等受影响者作为仲裁第三方加入。[199] George K. Foster 认为应使 UNDRIP 对投资者具有约束力，在 UNDRIP 中

---

[195] Declaration of Christopher Bogart ¶ 4, Chevron Corp. v. Donziger, No. 11 Civ. 0691 (LAK) (S.D.N.Y. Apr. 17, 2013), ECF No. 1039-2 (Ex. 3687)).

[196] Katharina Berner, Reconciling Investment Protection and Sustainable Development, in SHIFTING PARADIGMS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: MORE BALANCED, LESS ISOLATED, INCREASINGLY DIVERSIFIED (S. Hindelang and M. Krajewski eds., 2016).

[197] ROSENTRETER, D., ARTICLE 31(3)(C) OF THE VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES AND THE PRINCIPLE OF SYSTEMIC INTEGRATION IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION 23-33 (2015)

[198] 边永民：《国际投资仲裁机构对涉及人权问题的投资纠纷的审理》，载《政法论丛》2020 年 02 期第 33 页。

[199] Valentina Vadi, *Heritage, Power, and Destiny: The Protection of Indigenous Heritage in International Investment Law and Arbitration*, 50(4) George Washington International Law Review 725, 780 (2018).

要求国家制定法律法规规制投资者尊重并保护土著民族的权利。[200]Joshua Kleinfeld 提出应当在 IIAs 中规定投资者负有保护土著居民权利的义务并在投资仲裁案件中承担已履行这项义务的举证责任，并允许土著居民成为法庭之友提交证据和论点。[201] 张金矜指出，当前 IIAs 在程序方面存在缺陷，可通过提高东道国反请求程序的成功率、放宽法庭之友意见的可采信标准、灵活设计投资条约中涉及人权条款的表述和纳入形式以及促进条约解释的一致性与灵活性，可在一定程度上弥补上述缺陷。[202] 2016 年 CCSI 和联合国特别报告员关于国际投资与土著居民权利保护的最终报告提出了一些改革的方向，包括完善国内法、在投资条约中纳入投资者责任和例外条款、增强透明度、限制使用国际投资仲裁、在仲裁中充分考虑土著权利等。[203]

# 六、 结论

当前，国内学者的研究主要集中于对土著居民权利的梳理之上，依据人权法的法律渊源探讨土著居民的各项权利。蔡志伟梳理了国际法中的土著民族法制的发展历史，及各项相关国际公约的发展。[204] 郑川如从 ICESCR、ICCPR 和 UNDRIP 等相关国际公约和文件探讨了土著居民的自决权、文化权。[205] 已公开的国内博士论文暂时没有专门关于国际投资法领域中的土著权利保护问题的研究，但对于国际投资法中的规制权、与人权保护问题的兼容，国际投资法的可持续发展中的法庭之友、第三方资助等议题都已有研究，如这些新成果涉及了并对本研究具有一定的借鉴意义。

整体来说，就国内外研究趋势而言，国外关于国际经济法与土著居民权利的交叉研究主要集中出现于近几年。就论著而言，2020 年 John Borrows 和 Risa Schwartz 编著了“*Indigenous Peoples and International Trade：Building Equitable and Inclusive International Trade and Investment Agreements*”收录了第一代土著学者们对国际贸易和投资协议的去殖民化进行了原创性重新思考的文章，为未来的法律、政策改革提出了适用的想法，以实现更公平的国际法治和经济未来。Sergio

---

[200] George K. Foster, *Foreign Investment and Indigenous Peoples: Options for Promoting Equilibrium between Economic Development and Indigenous Rights*, 33(4) Michigan Journal of International Law 627, 692 (2012).

[201] Joshua Kleinfeld, *The Double Life of International Law: Indigenous Peoples and Extractive Industries*, in 129(6) Harvard Law Review 1755, 1778 (2016).

[202] 张金矜:《国际投资仲裁规制跨国企业人权责任的缺陷及其完善》，载《国际经济法学刊》2018 年第 4 期第 76 页。

[203] CCSI, *International Investment and the Rights of Indigenous Peoples*, Workshop Outcome Document (2016).

[204] 蔡志伟:《从客体到主体：台湾原住民族法制与权利的发展》，载《台大法学论丛》2011 年第 40 期，第 538 页。

[205] 郑川如:《谁有权决定谁是原住民？——从两人权公约及相关国际文件检视原住民身份认同问题》,载《法学论著》2015 年第 9 期，第 95-191 页。

Puig 于 2021 年发表的专著“*At the Margins of Globalization: Indigenous Peoples and International Economic Law*”是第一本探讨国际经济法的四个主要领域（金融、投资、贸易和知识产权）在多大程度上处理了土著居民权利与利益的著作。Puig 对这些领域进行了比较，并解释了国际经济法与土著居民权利兼容的不同方式，他认为，这可以为解决当前全球化负面影响提供了重要经验，能够促进对全球化利益的不平等分配的改善。然而，这本书虽然可以提供给土著维权这国际经济法层面的有力工具，但 Puig 在本书中对国际投资法与土著居民权利保护的兼容性讨论并不够深入，类似于反诉、法庭之友等目前已有热烈讨论的议题虽有涉及，但并不深入，只是作了一些观点的介绍。在期刊论文方面，2010 年之后开始有学者分析国际投资法框架下土著权利保护的现状、二者之间的交叉关系，[206] 并提出了相应的改善现状的建议。[207] 应注意到，这些研究大多集中于专门的产业领域，或讨论国际投资法与特定土著居民权利之间的关系（如土地权、文化权、磋商权），并未对这一问题进行全面考察。

除了上述论著，联合国特别报告员所做的一系列涉及土著居民权利的报告也是本研究的重要参考依据。联合国经济及社会理事会 1999 年发布的《土著人的人权：关于国家与土著人之间达成的条约、协议和其他建设性安排的研究报告》提供了本研究对于土著居民的概念定义，与本研究最密切相关的是 2016 年的

但应注意到，对于国际投资法中的土著居民权利保护问题，很多学者放在了国际投资法中的人权保护的大框架下探讨，我国国内学者已对国际投资法中的人权保护[208]、环境保护、企业社会责任、可持续发展等议题有了翔实研究成果，涵盖了国际投资仲裁案件所涉及的大部分问题，与本研究具有密切关联，能够为本研究提供充分的理论支持，具有重要的参考意义。

综上所述，按照时间顺序，大致可以将国内外对于国际投资法中的土著居民权利保护问题大致可以分为如下阶段：第一阶段是随着国际法对土著居民权利的承认与保护力度增加，学界兴起了对土著居民的研究，主要集中于对土著居民的

---

[206] Gazzini Tarcisio & Radi Yannick, *Foreign Investment with a Human Face, with Special Reference to Indigenous Peoples' Rights, in INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ITS OTHERS* (R. Hofmann, C. Tams eds., 2012); Judith Levine, *The Interaction of International Investment Arbitration and The Rights of Indigenous Peoples*, in INVESTMENT LAW WITHIN INTERNATIONAL LAW: INTEGRATIONIST PERSPECTIVES (Freya Baetens ed., 2013).

[207] Christina Binder, *The UNDRIP and Interactions with International Investment Law*, in THE UN DECLARATION ON THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES: A COMMENTARY (Jessie Hohmann, Marc Weller eds., 2018)；Valentina Vadi, *Heritage, Power, and Destiny: The Protection of Indigenous Heritage in International Investment Law and Arbitration*, 50(4) George Washington International Law Review 725, 780 (2018)；George K. Foster, *Foreign Investment and Indigenous Peoples: Options for Promoting Equilibrium between Economic Development and Indigenous Rights*, 33(4) Michigan Journal of International Law 627, 692 (2012). Joshua Kleinfeld, *The Double Life of International Law: Indigenous Peoples and Extractive Industries*, 129(6) Harvard Law Review 1755, 1778 (2016).

[208] 谢宝朝、张淑梅：《国际投资法中的人权保护问题研究——以国际投资仲裁实践为视角》，载《国际商务研究》2013 年第 34 期，第 63-73 页。

定义、自决权、财产权等具体权利的研究；第二阶段则是开始探究国际经济法与土著居民的交叉点，这一阶段的研究更多集中采取了宏观叙事或是将焦点聚集在某个产业或是土著居民的某项具体权利之中，缺乏对国际投资法中的土著权利保护问题的全面和纵深探讨。本研究拟补足上述空白，通过跨学科分析法，对国际投资法与人权法、环境法等部门法的交叉进行更深入的学理分析。

# 七、 参考文献

## (一) 中文论文


【1】 刘笋:《论合理期待原则在国际投资法中的引入与适用》, 载《华南师范大学学报》(社会科学版) 2022 年第 1 期。

【2】 边永民:《国际投资仲裁机构对涉及人权问题的投资纠纷的审理》, 载《政法论丛》2020 年 02 期。

【3】 程明彦:《从纽西兰的 APEC 参与观察亚太区域的原住民议题发展》,载《台湾经济研究月刊》2020 年第 43 期。

【4】 魏伟、黄世席:《中国企业海外投资中的原住民问题及应对》, 载《国际贸易》2020 年第 10 期。

【5】 蒋小红:《试论国际投资法的新发展——以国际投资条约如何促进可持续发展为视角》, 载《河北法学》2019 年 03 期。

【6】 曾华群:《共同发展: 中国与“一带一路”国家间投资条约实践的创新》, 载《国际经济法学刊》2019 年第 1 期。

【7】 张庆麟、佘海鸥:《论社会责任投资与国际投资法的新发展》, 载《武大国际法评论》2018 年第 1 期。

【8】 张金矜:《国际投资仲裁规制跨国企业人权责任的缺陷及其完善》, 载《国际经济法学刊》2018 年第 4 期。

【9】 钱嘉宁、黄世席:《国际投资法下东道国监管权的改革——基于可持续发展原则的分析》, 载《北京理工大学学报》(社会科学版)2018 年 04 期。

【10】黄世席:《可持续发展视角下国际投资争端解决机制的革新》, 载《当代法学》2016 年第 02 期。

【11】陈志平、曾茜:《国际法上少数人与土著人民的保护》, 载《云南大学学报》(法学版)2016 年 03 期。

【12】郑川如:《谁有权决定谁是原住民? ——从两人权公约及相关国际文件检视原住民身份认同问题》, 载《法学论著》2015 年第 9 期。

【13】漆彤、余茜:《从新自由主义到嵌入式自由主义——论晚近国际投资法的范式转移》, 载《国际关系与国际法学刊》2014 年第 4 期。

【14】谢宝朝、张淑梅:《国际投资法中的人权保护问题研究——以国际投资仲裁实践为视角》, 载《国际商务研究》2013 年第 34 期。

【15】漆彤:《论国际投资协定中的利益拒绝条款》, 载《政治与法律》2012 年底 9 期。

【16】蔡志伟:《从客体到主体: 台湾原住民族法制与权利的发展》, 载《台大法学论丛》2011 年第 40 期。

【17】谢国斌:《加拿大原住民土地权的探讨——以[德尔加目库案]为例》, 载《台湾国际研究季刊》2011 年第 1 期。
【18】刘笋:《国际法的人本化趋势与国际投资法的革新》, 载《法学研究》2011 年第 04 期。
【19】余劲松:《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》, 载《中国法学》2011 年 02 期。
【20】林其敏:《土著人民权利的国际保护——兼评<联合国土著人民权利宣言>》, 载《民族学刊》2011 年 06 期。
【21】张光:《论国际投资仲裁中投资者利益与公共利益的平衡》, 载《法律科学》(西北政法大学学报)2011 年 01 期。
【22】韩秀丽:《中国海外投资地环境保护——母国规制方法》, 载《国际经济法学刊》2010 年第 3 期。
【23】李凤琴:《国际投资仲裁中的人权保护》, 载《政法论丛》2010 年 01 期。
【24】徐崇利:《利益平衡与外资间接征收的认定及补偿》, 载《环球法律评论》2008 年第 6 期。

## (二) 学位论文

【25】黄丽萍:《国际投资条约中投资者义务法定化研究》, 武汉大学 2020 年博士论文。
【26】薛剑:《国际投资条约中的人权保护问题研究》, 中南财经政法大学博士论文。
【27】董暖:《国际投资仲裁中的第三方资助问题研究》, 对外经济贸易大学 2020 年博士论文。
【28】梁雪:《人权法视野下国际投资仲裁机制的完善》, 吉林大学 2020 年博士论文。
【29】齐琪:《国际投资仲裁中的人权保护问题研究》, 对外经济贸易大学 2019 年博士论文。
【30】曾建知:《国际投资法中的规制权研究》, 厦门大学 2018 年博士论文。
【31】王露阳:《我国对外矿业投资间接征收法律保障研究》, 对外经济贸易大学 2017 年博士论文。

## (三) 英文著作

【32】SERGIO PUIG, AT THE MARGINS OF GLOBALIZATION: INDIGENOUS PEOPLES AND INTERNATIONAL ECONOMIC LAW (2021).
【33】MANJIAO CHI, INTEGRATING SUSTAINABLE DEVELOPMENT IN

INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: NORMATIVE INCOMPATIBILITY, SYSTEM INTEGRATION AND GOVERNANCE IMPLICATIONS (2018).

【34】IRENE WATSON(ED.), INDIGENOUS PEOPLES AS SUBJECTS (2018).

【35】MATTAS AHRIN, INDIGENOUS PEOPLES' STATUS IN THE INTERNATIONAL LEGAL SYSTEM (2016).

【36】S. HINDELANG AND M. KRAJEWSKI (EDS.), SHIFTING PARADIGMS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: MORE BALANCED, LESS ISOLATED, INCREASINGLY DIVERSIFIED (2016).

【37】LORENZO COTULA, DEMOCRATISING INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: RECENT TRENDS AND LESSONS FROM EXPERIENCE (2015).

【38】MARTINEZ-FRAGA, P. J. AND REETZ, C. R., PUBLIC PURPOSE IN INTERNATIONAL LAW: RETHINKING REGULATORY SOVEREIGNTY IN THE GLOBAL ERA (2015).

【39】ROSENTRETER, D., ARTICLE 31(3)(C) OF THE VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES AND THE PRINCIPLE OF SYSTEMIC INTEGRATION IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION (2015).

【40】ROSENTRETER D. ARTICLE 31(3) OF THE VIENNA CONVENTION OF THE LAW OF TREATIES AND THE PRINCIPLE OF SYSTEMIC INTEGRATION IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION (2015).

【41】VALENTINA VADI, CULTURAL HERITAGE IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION (2014).

【42】Z. DOUGLAS, J. PAUWELYN AND J. VIÑUALES (EDS.), THE FOUNDATIONS OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: BRINGING THEORY INTO PRACTICE (2014).

【43】SCHUTTER, O. DE, SWINNEN, J. AND WOUTERS, J. (EDS.), FOREIGN DIRECT INVESTMENT AND HUMAN DEVELOPMENT: THE LAW AND ECONOMICS OF INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (2013).

【44】DOLZER, R. AND SCHREUER, C., PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW (2nd ed. 2012).

【45】KULICK, A., GLOBAL PUBLIC INTEREST IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW (2012).

【46】M. E. VILLIGER, COMMENTARY ON THE 1969 CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES (2009)

【47】A. NEWCOMBE, L. PARADELL, LAW AND PRACTICE OF INVESTMENT TREATIES (2009)

【48】HOWARD MANN, INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS, BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: KEY ISSUES AND OPPORTUNITIES (2008).

【49】VAN HARTEN, G., INVESTMENT TREATY ARBITRATION AND PUBLIC LAW (2008).

## (四) 英文论文

【50】Lazić M, Savić M., *Third Party Funding and Access to Justice*, 3.2 Revija Kopaoničke škole prirodnog prava 135 (2021).

【51】A. Galindo, A. Elsisi, *Non-Disputing Parties' Rights in Investor-State Dispute Settlement: The Application of the Monetary Gold Principle*, in PRIVATE ACTORS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW (Marc Bungenber et al., eds., 2021).

【52】Chao Wang, Jing Ning and Xiaohan Zhang, *International Investment and Indigenous Peoples' Environment: A Survey of ISDS Cases from 2000 to 2020*, 18(15) International Journal of Environmental Research and Public Health 7798 (2021).

【53】Lorenzo Cotula, *EU-China Comprehensive Agreement on Investment: An Appeal of its Sustainable Development Section*, 6(2) Business and Human Rights Journal 360 (2021).

【54】Krista Nadakavukaren Schefer, *Sustainability in International Investment Law: Building on What Exists by Enhancing the Right to Regulate*, 31 Swiss. REV. INT'l &EUR. L. 193 (2021).

【55】Kabir A.N. Duggal, Nicholas J. Diamond, H*uman Rights and Investor-State Dispute Settlement Reform: Fitting a Square Peg into a Round Hole?*, Journal of International Dispute Settlement 1 (2021).

【56】Maxi Scherer, Stuart Bruce, Juliane Reschke, *Environmental Counterclaims in Investment Treaty Arbitration*, 36 (2) ICSID Review 413 (2021).

【57】Xuan Shao, *Environmental and Human Rights Counterclaims in International*

*Investment Arbitration*, 24(1) Journal of International Economic Law, 157 (2021).

【58】Baguilat R M C., *Exploring the Normative Implications of the Development of Indigenous Peoples' Rights in International Environmental Law*, 93 Phil. LJ, 979 (2020).

【59】Risa Schwartz, *Developing a Trade and Indigenous Peoples Chapter for International Trade Agreements*, in INDIGENOUS PEOPLES AND INCLUSIVE INTERNATIONAL TRADE: BUILDING EQUITABLE AND INCLUSIVE INTERNATIONAL TRADE AND INVESTMENT (John Borrows, Risa Schwartz., eds., 2020).

【60】Enrique Prieto-Ríos, Daniel Rivas-Ramírez, *Neocolonialism and the Tension between International Investment Law and Indigenous Peoples: The Latin American Experience*, INDIGENOUS PEOPLES AND INCLUSIVE INTERNATIONAL TRADE: BUILDING EQUITABLE AND INCLUSIVE INTERNATIONAL TRADE AND INVESTMENT (John Borrows, Risa Schwartz., eds., 2020).

【61】Amokura Kawharu, *The Treaty of Waitangi Exception in New Zealand's Free Trade Agreements*, in INDIGENOUS PEOPLES AND INCLUSIVE INTERNATIONAL TRADE: BUILDING EQUITABLE AND INCLUSIVE INTERNATIONAL TRADE AND INVESTMENT (John Borrows, Risa Schwartz., eds., 2020).

【62】Chen Yu, *Amicus Curiae Participation in ISDS: A Caution Against Political Intervention in Treaty Interpretation*, 35 (1-2) ICSID Review 223 (2020).

【63】Molly Anning, *Counterclaims Admissibility in Investment Arbitration: The Case of Environmental Disputes*, in HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND POLICY 1 (2020).

【64】Fabio Giuseppe Santacroce, *The Applicability of Human Rights Law in International Investment Disputes*, 34(1) ICSID Review 136, 155 (2019).

【65】Gary Born and Stephanie Forrest, *Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration*, 34 ICSID Review 626 (2019).

【66】Julian Arato, *The Private Law Critique of International Investment Law*, 113(1) American Journal of International Law 1 (2019).

【67】Boone Barrera E. *Extractive Industries and Investor–State Arbitration: Enforcing Home Standards Abroad*, 11 (24) Sustainability 6963(2019).

【68】Christian Binder, *The UNDRIP's Relationship to Existing International Law, Ch.4 The UNDRIP and Interactions with International Investment Law*, in THE UN DECLARATION ON THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES: A COMMENTARY (Jessie Hohmann, Marc Weller. Eds., 2018).

【69】Valentina Vadi, *Heritage, Power, and Destiny: The Protection of Indigenous Heritage* in International Investment Law and Arbitration, 50(4) George Washington International Law Review 725 (2018).

【70】Stephan W. Schill, *Wherefore Art Thou? Towards a Public-Based Justification of International Investment Law*, 33 (1) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 29 (2018).

【71】Roger Merino, Law and politics of Indigenous self-determination: the meaning of the right to prior consultation, in INDIGENOUS PEOPLES AS SUBJECTS, (Irene Watson.ed.,2018).

【72】Steven Newcomb, *Domination in relation to Indigenous ('dominated') Peoples in International Law*, in INDIGENOUS PEOPLES AS SUBJECTS (Irene Watson.ed., 2018).

【73】Ward Churchill, *Long before Munich: the American Template for Hitlerian Diplomacy*, in INDIGENOUS PEOPLES AS SUBJECTS (Irene Watson.ed., 2018).

【74】Marcelle Burns, *Society and the exclusion of First Nations*, in INDIGENOUS PEOPLES AS SUBJECTS (Irene Watson.ed.,2018).

【75】Irene Watson, *First Nations, Indigenous Peoples: Our Laws Have Always Been Here*, in INDIGENOUS PEOPLES AS SUBJECTS 112 (Irene Watson.ed., 2018).

【76】Esmé Shirlow, *Three Manifestations of Transparency in International Investment Law: A Story of Sources, Stakeholders and Structures*, 24.1 Goettingen Journal of International Law 73 (2017).

【77】Lorenzo Cotula, *Democracy and International Investment Law*, 30(2) Leiden Journal of International Law 351 (2017).

【78】Joshua Kleinfeld, *The Double Life of International Law: Indigenous Peoples and Extractive Industries*, 129(6) Harvard Law Review 1755 (2016).

【79】Katharina Berner, Reconciling Investment Protection and Sustainable Development, in SHIFTING PARADIGMS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: MORE BALANCED, LESS ISOLATED,

INCREASINGLY DIVERSIFIED (S. Hindelang and M. Krajewski eds., 2016).

【80】S. James Anaya, *Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples on Extractive Industries and Indigenous Peoples*, 32 ARIZ. J. INT'l & COMP. L. 109 (2015).

【81】Lo Chang-fa, *Normative and Operational Linkages between Human Rights Law and Bits - Building a Firmer Status of Human Rights in Investor-State Arbitration*, 8(1) Contemporary Asia Arbitration Journal 28 (2015).

【82】Pia Acconci, *The Integration of Non-Investment Concerns As An Opportunity For The Modernization Of International Investment Law*, in GENERAL INTERESTS OF HOST STATES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW (G. Sacerdoti, P. Acconci, M. Valenti and A. De Luca eds., 2014).

【83】Filip Balcerzak, Jurisdiction of Tribunals in Investor–State Arbitration and the Issue of Human Rights, 29 ICSID Review 216, 230 (2014).

【84】Christoph Schreuer, Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration, 1 McGill Journal of Dispute Resolution 1, 4 (2014).

【85】C. Binder, I*nvestment, Development and Indigenous Peoples*, IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND DEVELOPMENT (2015).

【86】B. Juratowitch, *Resolution of Disputes Involving the Rights of Indigenous Peoples and Extraction of Natural Resources by Foreign Investors*, 108 ASIL Proceedings 5 (2014).

【87】Kristen A. Carpenter & Angela R. Riley, Indigenous Peoples and the Jurisgenerative Moment in Human Rights, 102 CALIF. L. REV. 173 (2014).

【88】B. Juratowitch, *Resolution of Disputes Involving the Rights of Indigenous Peoples and Extraction of Natural Resources by Foreign Investors*, 108 ASIL Proceedings 5 (2014).

【89】George K. Foster, Investors, States, and Stakeholders: Power Asymmetries in International Investment and the Stabilizing Potential of Investment Treaties, 17(2) Lewis and Clark Law Review 361, 421 (2013).

【90】Jane A. Hofbauer, *Foreign Investments Meet Free, Prior and Informed Consent (FPIC)-Whose Sovereignty?*, in Austrian Review of International and European Law 18 (2013).

【91】Sarah Schadendorf, Human Rights Arguments in Amicus Curiae Submissions: Analysis of ICSID and NAFTA Investor-State Arbitrations, 10 Transnational

Dispute Management (TDM) Special Issue "Aligning Human Rights and Investment Protection" 1, 23 (2013).

【92】Judith Levine, *The Interaction of International Investment Arbitration and The Rights of Indigenous Peoples*, in INVESTMENT LAW WITHIN INTERNATIONAL LAW: INTEGRATIONIST PERSPECTIVES (Freya Baetens ed., 2013).

【93】Gazzini Tarcisio & Radi Yannick, *Foreign Investment with a Human Face, with Special Reference to Indigenous Peoples' Rights*, in INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ITS OTHERS (R. Hofmann, C. Tams eds., 2012).

【94】Yannick Radi, Realizing Human Rights in Investment Treaty Arbitration: A Perspective from within the International Investment Law Toolbox, 37(4) North

Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation 1107, 1186 (2012).

【95】George K. Foster, *Foreign Investment and Indigenous Peoples: Options for Promoting Equilibrium between Economic Development and Indigenous Rights*, 33(4) Michigan Journal of International Law 627, 692 (2012).

【96】Sarah Nykolaishen, *Customary International Law and the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 17 Appeal 111(2012).

【97】Vasiliki Saranti, *International Justice and Protection of Indigenous Peoples – The Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights*, 9 US-CHINA L. REV. (2012).

【98】Katia Fach Gomez, *Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest*, 35 (2) Fordham International Law Journal 510 (2012).

【99】Megan Davis, To Bind or Not to Bind: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Five Years On, 19 Austl. Int'l L.J. 17 (2012).

【100】 Valentina Vadi, When Cultures Collide: Foreign Direct Investment, Natural Resources, and Indigenous Heritage in International Investment Law, 42(3) Columbia Human Rights Law Review 797,890 (2011).

【101】 Bruno Simma, Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights, 60(3) International and Comparative Law Quarterly 573, 596 (2011).

【102】 C Schreuer and U Kriebaum, From Individual to Community Interest in International Investment Law, in FROM BILATERALISM TO

COMMUNITY INTEREST: ESSAYS IN HONOUR OF JUDGE BRUNO SIMMA (U Fastenrath, R Geiger, D-E Khan, and others eds., 2011)

【103】 Patrick Wieland, Why the Amicus Curia Institution is Ill-Suited to Address Indigenous Peoples' Rights before Investor-State Arbitration Tribunals: Glamis Gold and the Right of Intervention, 3(2) Trade, Law and Development 334, 366 (2011).

【104】 Julian Burger, The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: From Advocacy to Implementation, in REFLECTIONS ON THE UN DECLARATION ONTHE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES (Stephen Allen, Alexandra Xanthaki ed.,2011).

【105】 Ishikawa T., Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration, 59(2) International and Comparative Law Quarterly 373, 412 (2010).

【106】 Choudhury B., Democratic Implications Arising from the Intersection of Investment Arbitration and Human Rights, 46(4) Alberta Law Review 983, 1008 (2009).

【107】 Susan Franck, *Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration*,50 HARV. INT'L LJ. 435 (2009).

【108】 Francesco Francioni, Access to Justice, Denial of Justice, and International Investment Law, in HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION 71-74 (Dupuy, P. M., Francioni, F. and Petersmann, E. U. eds., 2009).

【109】 Benjamin J. Richardson, Protecting Indigenous Peoples through Socially Responsible Investment, 6(1) Indigenous Law Journal 205, 234 (2007).

【110】 Caroline E. Foster, *Indigenous Peoples' Right to Self-Determination*, in N.Z.L.J.45 (2007).

【111】 Kyla Tienhaara, *What You Don't Know Can Hurt You: Investor-State Disputes and The Protection of the Environment,*6(4) Developing Countries 73 (2006).

【112】 Lila Barrera Hernández, *Indigenous Peoples, Human Rights and Natural Resource Development: Chile's Mapuche People and the Right to Water*, in 11 ANNUAL SURVEY OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 1 (2005).

【113】 L. Swepston, *Indigenous Peoples in International Law and Organizations,* in INDIGENOUS LAW AND INDIGENOUS PEOPLES (J

Castellino and N Walsh eds., 2005).

【114】 L. Bartholomeusz, T*he Amicus Curiae before International Courts and Tribunals*, 5 Non-State Actors and International Law 209 (2005).

【115】 Cheryl I. Harris, *Whiteness as Property*, in 8 Harvard Law Review1707 (1993).

【116】 Glenn Morris, *International Law and Politics: Toward a Right of Self-Determination for Indigenous Peoples*, in THE STATE OF NATIVE AMERICA: GENOCIDE, COLONIZATION AND RESISTANCE (Annette Jaimes (ed, 1992).

【117】 G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951–1954*, 33 BYBIL 229 (1957).